

О привлечении доверенных
лиц к мониторингу
исполнения предписаний
антимонопольного органа



Обзор новостей

Национальный план развития конкуренции

Утверждена комплексная «дорожная карта» по развитию конкуренции на 2018–2020 годы. Документ был разработан в соответствии с подпунктом «а» пункта 2 Национального плана развития конкуренции в Российской Федерации на 2018–2020 годы, утвержденного Указом Президента России № 618 (далее — Национальный план развития конкуренции), и утвержден распоряжением Правительства Российской Федерации от 16.08.2018 № 1697-р. В «дорожной карте» определен общий для всех отраслей перечень из четырех ключевых показателей:

- 1) наличие по каждому виду деятельности не менее трех хозяйствующих субъектов, не менее чем один из которых относится к частному бизнесу;
- 2) снижение количества нарушений антимонопольного законодательства со стороны органов государственной власти и органов местного самоуправления к 2020 году не менее чем в 2 раза по сравнению с 2017 годом;
- 3) увеличение доли закупок, участниками которых являются только субъекты малого предпринимательства и социально ориентированные некоммерческие организации, в сфере государственного и муниципального заказов (в 2020 году доля должна составить не менее 31%);
- 4) увеличение отдельными видами юридических лиц объема закупок, участниками которых являются только субъекты малого и среднего предпринимательства (до 18% к 2020 году).

Утверждены методики расчета ключевых показателей развития конкуренции в отраслях экономики в регионах. Методики утверждены приказом ФАС России от 29.08.2018 № 1232/18. Антимонопольное ведомство предлагает оценивать реализацию мер региональной конкурентной политики в следующих секторах экономики: социальная сфера, агропромышленный комплекс, строительство, природные ресурсы, ЖКХ, топливно-энергетический комплекс, электроэнергетика, транспорт, промышленность, услуги связи и реклама. Предполагается, что из 41 предложенного рынка каждый регион, учитывая свою специфику, выберет не менее 80%. Развитию конкуренции на этих рынках в следующие три года будет уделяться особое внимание. Для каждого рынка регламентирован алгоритм расчета целевого показателя, а также указан перечень рекомендуемых источников данных. ФАС России предлагает оценивать количество частных предприятий в отрасли либо их долю по объему в натуральном или денежном выражении.

Антимонопольная практика в цифровой экономике

Еврокомиссия признала Alphabet, материнскую компанию Google, виновной в нарушении антимонопольного законодательства ЕС. Согласно материалам дела, корпорация накладывала на производителей смартфонов на базе Android ограничения, в результате чего они были вынуждены предустанавливать сервисы и приложения Google. Одновременно производителям мобильных телефонов с другими операционными системами предлагалось вознаграждение за согласие на установку Google Chrome в качестве браузера по умолчанию на своих устройствах. Кроме того, контракты с производителями содержали положение, запрещавшее устанавливать на гаджеты операционные системы, созданные на базе открытого кода Android. Все это, по мнению Европейской комиссии, привело к ограничению конкуренции и негативному влиянию на инновационные процессы в отрасли. Компания была оштрафована на 4,34 млрд евро, что составляет около 40% чистой прибыли Google за 2017 год. Сумма штрафа является рекордной в истории антимонопольных разбирательств ЕС. Комиссия выдала предписание прекратить незаконные действия в течение 90 дней, в противном случае компания будет дополнительно оштрафована на сумму до 5% от дневного оборота.

Visa и Mastercard урегулировали иск о завышенной комиссии за 6,2 млрд долл. 18 сентября было достигнуто соглашение в рамках антимонопольного разбирательства против финансовых компаний Visa, Mastercard и ряда крупных банков США. Иск был подан еще в 2005 году от имени около 12 млн розничных торговцев, которые обвинили платежные системы в злоупотреблении доминирующим положением. Продавцы не только платили завышенную комиссию владельцам платежных систем, но и были вынуждены подписывать контракты, содержащие запрет на стимулирование покупателей использовать иные методы расчета. Суд США разделил требования торговцев на две группы: одна касается возмещения материального ущерба, другая — внесения изменений в деловую практику Visa и Mastercard. На данный момент удалось достичь соглашения по первой части: после того, как несколько крупных продавцов, включая Starbucks и Lowe's, отказались от дальнейшего участия в судебном разбирательстве, требуемая сумма компенсации сократилась с 7,27 до 6,2 млрд долл. Общая сумма требуемой компенсации может быть сокращена еще на 700 млн долл., если торговцы, представляющие 15% объема платежей, решат прекратить свое участие в процессе. Если решение о выходе примут продавцы, представляющие более 25%, соглашение может быть расторгнуто — в таком случае необходимо будет заново согласовывать сумму компенсации. Обсуждение второй части требований продолжится. По мнению продавцов, устранение злоупотреблений со стороны Visa и Mastercard поможет снизить цены для конечных потребителей.

В фокусе

О привлечении доверенных лиц к мониторингу исполнения предписаний антимонопольного органа

ФАС России в рамках «пятого антимонопольного пакета» предусматривает возможность привлечения независимых организаций и экспертов к мониторингу и содействию исполнению предписаний регулятора. Несмотря на успешный зарубежный опыт использования доверенных лиц, введение нового института в российское антимонопольное законодательство вызывает множество опасений, связанных с неопределенностью в правоприменительной практике в условиях отсутствия закрепленного порядка назначения, статуса, функций доверенных лиц, а также механизма финансирования их деятельности.

Развитие цифровизации, а также усложнение механизмов обеспечения конкуренции, которые, в частности, могут включать в себя предоставление доступа к большим данным или передачу прав на результаты интеллектуальной деятельности, обуславливают необходимость наличия широкого спектра знаний и компетенций для контроля исполнения решений антимонопольного ведомства. В ряде случаев регулятору для осуществления мониторинга исполнения выданного предписания и обеспечения эффективности инструментов антимонопольного регулирования требуется содействие независимого третьего (доверенного) лица, имеющего необходимый опыт и квалификацию.

Институт доверенных лиц (trustees) успешно применяется в зарубежной практике, в частности Европейской комиссией, в рамках контроля за исполнением предписаний сторонами сделок экономической концентрации. Встречаются случаи использования данного института и в делах об антимонопольных нарушениях. Привлечение компетентных сторонних экспертов и организаций снижает нагрузку на регулятора, а также позволяет согласовывать сложные сделки, которые в условиях отсутствия надлежащего механизма мониторинга исполнения предписаний не были бы согласованы из-за возможных негативных последствий для конкуренции¹. В то же время от наличия прозрачного и эффективного механизма мониторинга выигрывают

¹ Davidson K. The FTC Monitor Trustee https://www.antitrustinstitute.org/files/473_020920071631.pdf.

сами компании, ввиду снижения рисков и возможных издержек, в том числе судебных, неисполнения предписания².

Особое значение институт доверенных лиц приобретает при согласовании крупных сделок, носящих трансграничный характер. Рост кооперации между антимонопольными ведомствами разных стран способствует синхронизации подходов к согласованию сделок, в частности к выдаче предписаний и назначению доверенного лица. Так, широкое распространение получила практика назначения единого доверенного лица в различных юрисдикциях, что позволяет не только сократить издержки и дублирование полномочий, но и открывает ведомств доступ к равному объему информации для оценки эффективности исполнения предписаний. К примеру, единое доверенное лицо осуществляло мониторинг исполнения предписаний Европейской комиссии и Комиссии по справедливой торговле Японии (Japan Fair Trade Commission), выданных в рамках согласования приобретения компанией Panasonic японского производителя электроники Sanyo³.

Инициатива ФАС России

В рамках проекта федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции»⁴, входящего наряду с поправками в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях в «пятый антимонопольный пакет» (далее — законопроект), ФАС России предусмотрено внедрение института доверенных лиц. В соответствии с предлагаемым ФАС России определением под доверенным лицом понимается «юридическое или физическое лицо, определенное антимонопольным органом для выполнения функций по мониторингу и содействию исполнению предписания, выданного антимонопольным органом». Предполагается, что данный институт будет преимущественно использоваться при согласовании сделок экономической концентрации, но этим не ограничивается⁵.

Текущая редакция законопроекта также предполагает закрепление базовых требований, предъявляемых к привлекаемым к мониторингу лицам:

² Remedies in Merger Cases. OECD Policy Roundtables OECD, 2011

<http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>.

³ Remedies in Cross-Border Merger Cases. OECD Policy Roundtables OECD, 2013

http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf.

⁴ Актуальная версия законопроекта размещена для проведения ОРВ на сайте regulation.gov.ru:

<http://regulation.gov.ru/projects#npa=79428> (дата обращения: 03.09.2018).

⁵ О контроле за хардсофтовыми решениями, институте трасти и мерах против нарушителей-упрямцев (интервью с заместителем руководителя ФАС России А.Г.Цыгановым) // Конкуренция и право. 2018.

№ 2. <https://e.cljournal.ru/article.aspx?aid=638266>.

- Обладание специальными знаниями по вопросам, касающимся исполнения предписания.
- Независимость от лиц, которым выдано предписание.
- Доверенным лицом не может являться физическое или юридическое лицо:
 - которому выдано предписание антимонопольного органа либо входящее в одну группу с таким лицом;
 - являющееся конкурентом лица, которому выдано предписание антимонопольного органа, или лица, входящего с таким лицом в одну группу лиц;
 - являющееся продавцом или покупателем по отношению к лицу, которому выдано предписание антимонопольного органа, или лицу, входящему с таким лицом в одну группу лиц.

Как показывает кейс слияния компаний Bayer и Monsanto, в российской практике институт доверенных лиц применяется в случаях, когда предписанием предусмотрена передача третьим лицам знаний, результатов научных исследований, ноу-хау, новых технологий и иных разработок, в том числе с целью их дальнейшей коммерциализации (трансфера технологий). Наделение сторонних юридических и физических лиц функцией по мониторингу исполнения предписаний ФАС России в таких случаях может открывать доверенным лицам доступ к данным и технологиям в процессе их трансфера; в связи с этим в законопроект были включены требования о неразглашении сведений, составляющих охраняемую законом тайну. Иных ограничений на использование доверенными лицами полученной информации не устанавливается.

В сводном отчете к законопроекту, опубликованном на сайте regulation.gov.ru, ФАС России указывает, что должны быть четко определены правила привлечения доверенных лиц для выполнения возлагаемых на них функций. При этом в законопроекте данные правила не определены, и основные риски и опасения, связанные с введением института доверенных лиц, обуславливаются отсутствием понимания, как данный институт будет работать на практике⁶. Так, в частности, в текущей редакции законопроекта не установлены:

- статус доверенного лица как лица, действующего в интересах одновременно как антимонопольного органа, так и подконтрольного лица;

⁶ См., к примеру, замечания и предложения Ассоциации «НП «ОКЮР» к проекту федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» <https://www.rcca.com.ru/about/docs.shtml>, заключение Центра компетенций по направлению «Нормативное регулирование» программы «Цифровая экономика Российской Федерации» на проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» <https://sk.ru/foundation/legal/m/sklegal03/21834/download.aspx>.

- порядок назначения доверенного лица;
- полномочия доверенных лиц (их функции, права и обязанности);
- условия финансирования их деятельности.

В текущей редакции законопроекта предусматривается возможность заявителей ходатайства об осуществлении сделки экономической концентрации предлагать круг вопросов, по которым требуется осуществление мониторинга с привлечением доверенных лиц. Антимонопольный орган назначает доверенное лицо только по согласованию с заявителем; в то же время остается риск, что в случае отказа заявителя от назначения доверенного лица ФАС России вынесет решение о неудовлетворении ходатайства.

Отметим, что возможность привлечения третьих лиц к исполнению выдаваемых предписаний у ФАС России есть и в условиях действующего законодательства, о чем свидетельствует кейс по согласованию регулятором сделки слияния компаний Bayer и Monsanto. Как отмечается антимонопольным ведомством, при оценке последствий от данной сделки для состояния конкуренции, а также проработке условий согласования слияния учитывался успешный зарубежный опыт и принципы организации работы по мониторингу исполнения предписаний, принятые в США, Европе и других юрисдикциях, включая страны БРИКС⁷.

Кейс: слияние Bayer и Monsanto

20 апреля 2018 г. ФАС России согласовала сделку по приобретению немецкой компанией Bayer американского производителя гербицидов и генетически модифицированных семян Monsanto. По мнению ФАС России, в результате объединения бизнеса Bayer и Monsanto существенно усилится положение этих компаний как на мировом рынке, так и в России по объему продаж на рынках семян, средств защиты растений, в частности неселективных гербицидов, а также цифровых предложений для сельхозпроизводителей (продукты цифрового земледелия). Это создает риски ограничения конкуренции за счет создания новых и усиления существующих барьеров входа на агротехнологические рынки, а также существенные риски злоупотребления объединенной компанией своей рыночной властью. ФАС России приняла решение выдать предписание компании Bayer. Помимо требований, связанных с осуществлением поставок компанией семян сельскохозяйственных культур на российский рынок, антимонопольное ведомство выдвинуло несколько

⁷ Справка об одобрении ФАС России сделки Байер-Монсанто после выполнения компанией «Байер АГ» определенных условий, направленных на защиту конкуренции в сфере агротехнологий https://fas.gov.ru/ckeditor_assets/attachments/132/spravka_bayer_monsanto.docx.

условий, направленных на создание механизма трансфера технологий российским компаниям:

- обеспечить передачу российским компаниям молекулярных средств селекции и гермоплазмы, необходимых для создания высокопродуктивных семян;
- предоставить недискриминационный доступ к цифровым платформам точного земледелия, в том числе доступ к историческим данным, относимым к Российской Федерации, и данным, которые будут собираться после коммерциализации компанией своих программных продуктов на территории России.

В целях обеспечения выполнения указанных требований компания Байер обязана заключить с Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) гражданско-правовой договор об организации Центра технологического трансфера (далее — ЦТТ). В соответствии с предписанием ФАС России срок действия договора между НИУ ВШЭ и Байер должен составлять 5 лет после даты осуществления слияния. Стоит заметить, что в открытом доступе нет информации о механизме, в соответствии с которым на роль контрагента для создания ЦТТ ФАС России был выбран НИУ ВШЭ.

В рамках своей деятельности ЦТТ, в частности, должен осуществлять отбор заинтересованных получателей трансфера технологий в соответствии с перечнем критериев, установленных предписанием, и проводить мониторинг выполнения требований. При этом ЦТТ получает право ознакомления у конечного получателя с передаваемыми в рамках трансфера материалами, информацией и документами (без права получения копий документов и образцов материалов). Финансирование ЦТТ будет осуществляться, в том числе, за счет средств Байер.

ФАС России предусмотрела создание Наблюдательного совета по контролю за деятельностью ЦТТ, в который войдут представители самого антимонопольного ведомства, Минсельхоза России и Минфина России. В числе полномочий Наблюдательного совета также указано содействие устранению разногласий.

Отметим, что сделка по слиянию Байер и Monsanto согласовывалась конкурентными ведомствами в нескольких юрисдикциях. Так, к примеру, предписания, выданные по данной сделке в ЮАР⁸, Европейском союзе⁹ и Бразилии¹⁰, помимо поведенческих и

⁸ Competition Tribunal gives green light to Bayer merger with Monsanto
<https://www.businesslive.co.za/bd/national/2018-05-11-competition-tribunal-gives-green-light-to-bayer-merger-with-monsanto/>.

⁹ European Commission decision of 11.4.2018 (CASE M.8084 — BAYER/MONSANTO)
http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_8084.

структурных условий также предусматривают привлечение доверенного лица для осуществления мониторинга соблюдения сторонами сделки выдвинутых требований.

Риски, связанные с введением института доверенных лиц в российскую практику

Контроль за соблюдением антимонопольного законодательства, включая выполнение требований выданных предписаний, является функцией антимонопольного органа. Привлечение к мониторингу исполнения предписания доверенных лиц, по сути, является передачей им части полномочий антимонопольного ведомства. В связи с этим ряд экспертов придерживается мнения о том, что мониторинг исполнения предписания должен осуществляться безвозмездно по отношению к субъекту контроля, поскольку является функцией контроля.

Функция мониторинга выполняется доверенным лицом в интересах антимонопольного ведомства, однако в случае финансирования деятельности доверенных лиц за счет подконтрольного субъекта остается риск возникновения у доверенного лица конфликта интересов (коррупциогенный фактор). Кроме того, компании могут быть не готовы в принципе финансировать деятельность доверенных лиц.

Так, решение Европейской комиссии в отношении компании Microsoft¹¹ об установлении механизма мониторинга за соблюдением выданного предписания, в соответствии с которым все издержки, связанные с осуществлением мониторинга, несла сама компания, было успешно оспорено Microsoft в суде.

Сама компания, которой выдано предписание, в свою очередь также может пострадать от недобросовестного поведения доверенного лица, что обуславливает необходимость создания механизма обжалования действий доверенных лиц и устранения разногласий между подконтрольной организацией и доверенным лицом.

Для снижения рисков введения нового института в российскую антимонопольную практику необходимо заранее выработать подходы к привлечению сторонних экспертов и организаций, основанные на балансе интересов регулятора и подконтрольных лиц. Так, несмотря на то, что у ФАС России должна оставаться возможность адаптировать набор полномочий, функций и условия деятельности доверенных лиц под конкретные цели и условия, содержащиеся в предписании, ряд

¹⁰ Administrative Council for Economic Defense. CADE approves with restrictions Bayer's acquisition of Monsanto <http://en.cade.gov.br/press-releases/cade-approves-with-restrictions-bayer2019s-acquisition-of-monsanto>.

¹¹ European Commission decision of 4.03.2009 (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft) http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_37792.

вопросов целесообразно предварительно регламентировать, в частности закрепить порядок назначения, права, обязанности и ответственность доверенных лиц.

Зарубежный опыт привлечения доверенных лиц

Институт доверенных лиц давно активно применяется конкурентными ведомствами других стран, включая США, страны Евросоюза и БРИКС (за исключением России). Несмотря на то, что полный перечень требований, функций, прав и иных условий привлечения доверенного лица определяется антимонопольным ведомством в зависимости от параметров каждого конкретного дела, общие подходы к использованию данного института, в том числе особенности механизма привлечения доверенных лиц, как правило, известны заранее.

В большинстве случаев в антимонопольном законодательстве отсутствует прямое упоминание возможности привлечения доверенных лиц; регулирование в данной сфере обеспечивается посредством разработки порядков и рекомендаций по работе антимонопольного ведомства. Так, в Китае были приняты Правила установления ограничивающих условий при согласовании сделок экономической концентрации¹², во Франции применяется Руководство по контролю слияний¹³. Помимо издания рекомендаций с целью обеспечения единства правоприменительной практики, прозрачности и снятия неопределенности разрабатываются типовые договоры привлечения доверенных лиц (к примеру, типовые договоры, разработанные Еврокомиссией¹⁴ и Федеральным управлением по борьбе с картелями Германии¹⁵). Как указывает Еврокомиссия, наличие подобных типовых договоров, а также установленных заранее общих условий привлечения доверенных лиц сокращает издержки и ускоряет процесс согласования сделок¹⁶.

В качестве исключения, однако, стоит упомянуть опыт США, где, несмотря на то, что возможность привлечения доверенных лиц предусмотрена соответствующими

¹² Министерство коммерции Китайской Народной Республики «Правила установления ограничивающих условий при согласовании сделок экономической концентрации» от 30 сентября 2014 г.
<http://www.mofcom.gov.cn/article/swfg/jzf/201509/20150901106877.shtml>.

¹³ Руководство по контролю слияний Управления по конкуренции Франции (Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations)
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=483&id_article=2147.

¹⁴ Standard Trustee Mandate (European Commission)
http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate_en.pdf.

¹⁵ Standard Trustee Mandate (Bundeskartellamt (Federal Cartel Office))
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Mustertexte/Template%20-%20Trustee%20Mandate.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

¹⁶ Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation
http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practice_commitments_trustee_en.pdf.

руководствами¹⁷, подходы к использованию данного института в каждом случае определяются самостоятельно Федеральной торговой комиссией и Министерством юстиции.

Механизм привлечения доверенных лиц имеет много общего в различных юрисдикциях. Далее более подробно рассмотрены вопросы, касающиеся порядка назначения, предъявляемых требований к доверенным лицам, полномочий, функций, а также способов финансирования деятельности доверенных лиц.

Назначение доверенного лица

В качестве доверенного лица могут привлекаться как отдельные эксперты, так и экспертные организации (консалтинговые компании, юридические и аудиторские фирмы, банки и др.). На выбор доверенного лица влияет целая совокупность факторов, однако вне зависимости от юрисдикции и специфики дела к доверенным лицам предъявляются следующие общие требования:

- 1) независимость от подконтрольных организаций и их аффилированных лиц;
- 2) обладание необходимой квалификацией для осуществления мониторинга;
- 3) отсутствие конфликта интересов.

Ввиду того что отсутствие конфликта интересов и независимость являются первостепенными условиями для обеспечения эффективности мониторинга, типовые договоры о привлечении доверенных лиц содержат отдельные положения, призванные предотвратить возникновение конфликта интересов как между доверенным лицом и подконтрольной компанией, так и между доверенным лицом и потенциальными покупателями отчуждаемых активов при наличии в предписании соответствующих структурных требований.

Решение о выборе доверенного лица принимается регулятором, однако, как правило, бизнесу дается право выдвигать кандидатуры потенциальных доверенных лиц.

В США¹⁸ подбором кандидатов занимаются непосредственно сотрудники Федеральной торговой комиссии (FTC) на основе как собственного опыта по регулированию конкретной отрасли, так и мнения компании. При этом персонал FTC осуществляет проверку на наличие у кандидатов конфликта интересов, анализирует потенциальную возможность возникновения такого конфликта, а также проводит собеседование с

¹⁷ См., к примеру, Policy Guide to Merger Remedies (Department of Justice) <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>.

¹⁸ Federal Trade Commission. Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/mergers/merger-faq>.

кандидатами для принятия окончательного решения по рекомендации лиц ФТС для дальнейшего назначения в качестве доверенного лица.

Более распространен механизм, в соответствии с которым кандидатуры доверенных лиц предлагает сам бизнес. К примеру, соответствующий порядок установлен в европейских странах и в Китае. До принятия окончательного решения по делу или непосредственно после вынесения решения компания должна предоставить антимонопольному органу список потенциальных доверенных лиц, как правило состоящий не менее чем из трех кандидатов. Если ни один из предложенных кандидатов не будет одобрен регулятором, у компании будет еще одна возможность предоставить новый список претендентов на данную роль. Если ни один из предложенных кандидатов не был одобрен антимонопольным органом, регулятор получает право выбрать доверенное лицо самостоятельно. Данный подход к назначению доверенного лица позволяет обеспечить соблюдение баланса интересов регулятора и подконтрольных сторон и, в частности, применялся Еврокомиссией в деле Microsoft.

Роль и функции доверенного лица

Подробно перечень функций, права и обязанности доверенного лица прописываются в договоре (trustee mandate) между ним и компаниями, получившими предписание, а также в рабочем плане доверенного лица (work-plan). Оба документа предварительно согласовываются антимонопольным ведомством.

В зависимости от характера условий, содержащихся в выдаваемом антимонопольным ведомством предписании, в зарубежной практике, как правило, выделяют два вида доверенных лиц:

1. *Доверенное лицо, осуществляющее мониторинг (Monitoring Trustee)*. Обеспечивает контроль выполнения, как поведенческих, так и структурных предписаний. Доверенное лицо в данном случае является «глазами и ушами» антимонопольного ведомства, предоставляя оценку выбранного подконтрольным лицом способа исполнения предписания, а также результативности и эффективности его исполнения. Доверенное лицо вправе также предоставлять рекомендации по исполнению предписания.

Как правило, если речь идет о поведенческих предписаниях, работа доверенного лица может быть условно разделена на два этапа:

- 1) непосредственный мониторинг заключения компанией требуемого соглашения (к примеру, договора лицензирования);

- 2) мониторинг выполнения различных обязательств (открытия доступа к данным, запрета определенных бизнес-практик и т.д.) и подготовка регулярных отчетов для антимонопольного органа.

В случае наличия требований об отчуждении части активов задача доверенного лица состоит в том числе в мониторинге их отчуждения и обеспечении сохранения экономической жизнеспособности и конкурентоспособности активов, подлежащих передаче.

2. *Доверенное лицо, осуществляющее отчуждение активов (Divestiture Trustee)*. Выполняет обязанности по продаже бизнеса покупателю в соответствии с условиями, выдвинутыми конкурентным ведомством. Если подконтрольные лица к установленному антимонопольным органом сроку не осуществили продажу активов, предусмотренную предписанием, ответственность за поиск покупателя и заключение сделки по отчуждению активов возлагается на доверенное лицо. В зависимости от специфики каждого конкретного случая в качестве *divestiture trustee* и *monitoring trustee* могут выступать как разные лица, так и одно и то же.

Помимо указанных функций, доверенное лицо играет важную роль в процессе коммуникации, выступая в качестве посредника в отношениях между антимонопольным органом, компаниями и третьими лицами, в том числе возможными покупателями активов, а также медиатором конфликтов, возникающих в процессе исполнения предписания. При этом урегулирование разногласий между самим доверенным лицом и компанией, как правило, берет на себя антимонопольное ведомство, однако у бизнеса также остается возможность оспаривания неправомерных действий доверенного лица в судебном порядке¹⁹.

В рамках исполнения своих функций с целью обеспечения результативности и эффективности исполнения предписаний доверенное лицо наделяется полномочиями по доступу к широкому перечню внутренней информации о деятельности компании. Одним из условий договора компании с доверенным лицом является оказание полного содействия в осуществлении мониторинга. Под этим понимается, в частности, открытие компанией по запросу доверенного лица полного доступа в помещения организации, доступа к бухгалтерской и иной отчетности, документам, записям, информационным системам, сайтам и прочим необходимым для мониторинга источникам информации, а также предоставление возможности опрашивать сотрудников. Широкий перечень доступной для доверенного лица информации,

¹⁹ См., к примеру, пункт 40 типового договора (trustee mandate), разработанного Еврокомиссией http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate_en.pdf.

относящейся к коммерческой и иной защищаемой законодательством тайне, обуславливает обязательное наличие в договоре (trustee mandate) условий об обеспечении конфиденциальности. Так, соответствующие условия могут включать в себя ограничения на распространение информации, ее использование (только в целях осуществления мониторинга), а также требования к обеспечению информационной безопасности и применению средств защиты информации.

Срок осуществления мониторинга доверенным лицом

Поведенческие ограничения могут накладываться на несколько лет; соответственно, процесс мониторинга со стороны доверенного лица также может занимать длительный период времени. Как правило, точный срок, на который на компанию накладываются ограничения, определяется в зависимости от специфики кейса и указывается в предписании регулятора, при этом в течение этого срока у антимонопольного ведомства остается право по своему усмотрению как прервать, так и возобновить процесс мониторинга²⁰. Если ряд предъявляемых к компании требований носит бессрочный характер, срок осуществления мониторинга также остается на усмотрение регулятора. Стоит отметить, что полномочия доверенного лица могут быть прерваны антимонопольным ведомством досрочно, к примеру, по следующим основаниям:

- доверенное лицо самостоятельно по уважительной причине отказывается от осуществления мониторинга;
- доверенное лицо более не соответствует предъявляемым к нему требованиям (возникновение конфликта интересов);
- назначение доверенного лица успешно оспорено подконтрольной компанией в суде.

Финансирование деятельности доверенных лиц

Как правило, все издержки, связанные с деятельностью доверенных лиц, в том числе вознаграждение доверенного лица, а также расходы на наем дополнительного персонала при необходимости, несут сами компании. Отмечается также, что условия и размер вознаграждения доверенного лица не должны подрывать его независимость от подконтрольной организации.

Ввиду того что институт доверенных лиц преимущественно используется при согласовании сделок экономической концентрации, когда сами стороны в большей степени заинтересованы в вынесении антимонопольным органом положительного решения и готовы нести ряд издержек для снижения риска несогласования сделки,

²⁰ См., к примеру, пункт 34-35 типового договора (trustee mandate), разработанного Еврокомиссией http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate_en.pdf.

применение подобной схемы финансирования деятельности доверенного лица представляется закономерным.

Помимо сделок экономической концентрации распространена практика привлечения доверенных лиц для мониторинга исполнения бизнесом обязательств по прекращению нарушения антимонопольного законодательства. Так, в соответствии со статьей 9 Постановления Совета Европейского союза № 1/2003 от 16 декабря 2002 г. Еврокомиссия может принять решение о прекращении расследования в отношении компании и принятии подозреваемыми в нарушении антимонопольного законодательства лицами проконкурентных обязательств (commitments decisions). Данный механизм во многом схож с механизмом предупреждения, применяемым ФАС России. В отличие от обвинительных решений в отношении компании механизм принятия проконкурентных обязательств является способом «мирного» урегулирования дела, позволяет компании избежать констатации факта нарушения антимонопольного права, длительного разбирательства с Еврокомиссией и наложения штрафных санкций.

В 2009 году Еврокомиссия инициировала процедуру расследования в отношении Thomson Reuters Corporation по подозрению в злоупотреблении доминирующим положением на рынке финансовых данных (консолидированных потоков данных, поступающих в режиме реального времени). В соответствии с выводами регулятора злоупотребление выразилось в наложении ограничений на использование Reuters Instrument Codes (RIC), применяемых для поиска и идентификации данных, что, в частности, создавало препятствие клиентам для извлечения данных иных поставщиков. Чтобы избежать дальнейшего разбирательства и наложения штрафных санкций, Thomson Reuters взяла на себя обязательства по разработке новых условий использования RIC, позволяющих клиентам переключиться на использование данных, полученных от конкурентов Thomson Reuters. Компания, в частности, согласилась на привлечение доверенного лица для мониторинга исполнения обязательств ввиду их технической сложности, а также взяла на себя издержки, связанные с осуществлением мониторинга²¹.

В качестве примера привлечения доверенных лиц для мониторинга исполнения сложных проконкурентных обязательств также можно привести кейсы Visa Europe²² и

²¹ European Commission decision of 20.12.2012 addressed to Thomson Reuters Corporation and Reuters Limited (Case COMP/39.654 — Reuters Instrument Codes (RICs)) http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39654.

²² European Commission decision of 26.2.2014 addressed to Visa Europe Limited (Case AT.39398 — VISA MIF) http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39398.

Amazon²³. Стоит отметить, что в упомянутых делах механизм привлечения доверенных лиц, включая перечень полномочий и функций, требования к таким лицам и порядок их назначения, в целом не отличался от механизма привлечения доверенных лиц в сделках по слиянию. При этом издержки осуществления мониторинга также ложились на компании, а их готовность нести данные издержки, в частности, обуславливается стремлением соблюсти требования антимонопольного законодательства и избежать крупных оборотных штрафов.

Перекладывание издержек мониторинга на бизнес представляется более дискуссионным вопросом в случаях, когда конкурентное ведомство признает компанию нарушившей требования антимонопольного законодательства и взыскивает штрафы. В таких делах отсутствует единый подход к порядку финансирования деятельности доверенных лиц. Наиболее ярким примером в данном случае являются дела в отношении корпорации Microsoft, рассматривавшиеся в США и Евросоюзе. В данном кейсе Европейский суд общей юрисдикции признал действия Еврокомиссии в части применения механизма мониторинга через привлечение доверенного лица неправомерным. В частности, по мнению суда, Еврокомиссия не была вправе требовать от Microsoft финансирования деятельности доверенного лица²⁴. В то же время в США решение о создании технического комитета, состоящего из сторонних экспертов, для осуществления мониторинга соблюдения корпорацией предъявленных к ней требований осталось в силе, несмотря на то, что издержки осуществления мониторинга также перекладывались на Microsoft.

Кейс: Microsoft

В 2002 году в США было вынесено окончательное решение по делу в отношении корпорации Microsoft, которая была признана злоупотребившей доминирующим положением на рынке операционных систем и интернет-браузеров²⁵. Суд США по округу Колумбия утвердил с незначительными поправками соглашение, заключенное 18 штатами и Министерством юстиции США с Microsoft, в соответствии с которым корпорация должна была принять ряд проконкурентных мер, в частности предоставлять другим компаниям-разработчикам релевантную информацию о Windows для обеспечения совместимости программного обеспечения с данной системой. Решение по делу в отношении Microsoft также содержало требование о создании

²³ European Commission decision of 4.5.2017 (Case AT.40153 — E-book MFNs and related matters)

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40153.

²⁴ Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) of 17.9.2007. Microsoft Corp. v Commission of the European Communities. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-201/04>.

²⁵ U.S. v. Microsoft Corp. (Final Judgment) <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-microsoft-corporation-browser-and-middleware>.

сторонами технического комитета (Technical Committee, далее — ТК) для обеспечения исполнения предписаний суда. ТК состоял из трех членов, каждый из которых являлся экспертом в области программирования и разработки программного обеспечения. Членам ТК было позволено нанимать дополнительный персонал и экспертов, необходимых для осуществления мониторинга соблюдения условий соглашения, вследствие чего персонал ТК в итоге составил 40 человек. Как и в случае с доверенными лицами, с каждым членом ТК судом заключался договор, в котором указывались его полномочия, права и обязанности в рамках осуществления функций по обеспечению исполнения решения суда.

Аналогичное решение Еврокомиссии по делу Microsoft, признающее корпорацию злоупотребившей доминирующим положением на рынке операционных систем, было принято в 2004 году²⁶. В соответствии с данным решением Microsoft, в частности, обязывалась раскрывать информацию, необходимую для разработки совместимого программного обеспечения, а также не включать проигрыватель медиафайлов Windows Media Player в число обязательных компонентов операционной системы. Еврокомиссией также предусматривалось создание системы мониторинга исполнения Microsoft выданных предписаний посредством привлечения доверенного лица (monitoring trustee).

Отметим, что механизмы мониторинга исполнения решений по делам о злоупотреблении доминирующим положением корпорацией Microsoft, установленные в США и Евросоюзе, имели много общих черт.

Механизмы мониторинга исполнения Microsoft выданных предписаний

	Технический комитет (США)	Доверенное лицо (Евросоюз)
Порядок назначения	Окончательное решение по поводу назначения членов ТК принималось судом, при этом в формировании ТК участвовали как представитель штатов и Министерства юстиции, так и Microsoft (стороны соглашения предлагали по одному члену ТК, третий член ТК определялся общим решением двух уже назначенных доверенных лиц по предложению сторон); срок полномочий членов ТК составлял 30 месяцев, после чего мог быть продлен по решению предложившей кандидата стороны	Доверенное лицо выбиралось Еврокомиссией из перечня кандидатов, представленного компанией. У Еврокомиссии оставалось право назначить доверенное лицо самостоятельно

²⁶ European Commission decision of 24.03.2004 (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)
http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_37792.

	Технический комитет (США)	Доверенное лицо (Евросоюз)
Предъявляемые требования	1) отсутствие конфликта интересов; 2) независимость от Microsoft или ее конкурентов; 3) обладание необходимой квалификацией для выполнения своих функций	
Полномочия	1) осуществление мониторинга предписаний, содержащихся в решении; 2) предоставление регулярных отчетов о ходе исполнения предписаний; 3) получение и подготовка ответов на жалобы, поступающие от сторон дела и третьих лиц. В рамках мониторинга члены ТК / доверенное лицо получали право: <ul style="list-style-type: none"> • на проведение опросов сотрудников Microsoft; • на проведение проверок и копирование любых документов, находящихся в распоряжении корпорации; • на доступ к исходному коду продуктов Microsoft; • на доступ к любому оборудованию или системам Microsoft; • на доступ и инспектирование зданий, сооружений и иных объектов Microsoft; • на наем дополнительных экспертов и консультантов 	
Механизм финансирования	Все издержки, связанные с осуществлением мониторинга, в том числе расходы на выплату вознаграждения членам ТК / доверенному лицу и наем сторонних экспертов, несла сама корпорация	
Срок полномочий (действия предписаний)	5 лет, но в случае систематических нарушений соглашения со стороны Microsoft указанный срок мог быть продлен до 7 лет	Точный срок не установлен

Решение суда США осталось в силе, при этом решение Еврокомиссии в части назначения механизма мониторинга было успешно оспорено Microsoft. Так, в 2007 году Европейский суд общей юрисдикции признал незаконным привлечение за счет Microsoft доверенного лица, обладающего неограниченным доступом к данным компании. В соответствии с выводами суда Еврокомиссия вышла за пределы своих полномочий, передав, по сути, на неопределенный срок функции по контролю и расследованию соблюдения предписаний третьей стороне. Как отмечалось в решении суда, для целей осуществления мониторинга Еврокомиссии следовало нанять внешнего эксперта за счет собственных средств. Впоследствии решение Еврокомиссии в части установления механизма мониторинга было отменено, а также Еврокомиссия должна была компенсировать Microsoft все затраты, связанные с деятельностью доверенного лица.

Как отмечают эксперты, несмотря на то, что мониторинг со стороны доверенного лица, предусмотренный Еврокомиссией, был отменен, а обеспечение исполнения требований регуляторов стоило Microsoft крупных затрат, наличие механизмов мониторинга, а

также тесное сотрудничество ТК и доверенного лица Еврокомиссии сыграли важную роль в исполнении предписаний²⁷.

Краткие выводы

В рамках «пятого антимонопольного пакета» ФАС России предлагается введение в российскую антимонопольную практику института доверенных лиц, выполняющих функции по мониторингу и содействию исполнению предписаний, выданных регулятором. Текущая редакция законопроекта предполагает закрепление базовых требований, предъявляемых к доверенным лицам. При этом в условиях отсутствия установленного порядка назначения, статуса, функций доверенных лиц, а также механизма финансирования их деятельности введение нового института вызывает множество опасений, связанных с неопределенностью в правоприменительной практике.

Институт доверенных лиц давно активно применяется конкурентными ведомствами других стран, включая США, страны Евросоюза и БРИКС (за исключением России). Анализ международного опыта позволяет сделать ряд выводов, которые могли бы быть учтены в ходе закрепления данного механизма в российской практике:

- Установление эффективного механизма мониторинга исполнения антимонопольных предписаний может быть выгодно как регулятору, так и подконтрольным организациям. Наличие доверенного лица позволяет повысить эффективность контроля, снимает часть нагрузки с антимонопольного ведомства, а также снижает для компаний риски и возможные издержки неисполнения предписаний.
- Анализ международного опыта показывает эффективность мониторинга со стороны доверенных лиц исполнения предписаний, выданных в рамках согласования сделок экономической концентрации; при этом в зарубежной практике встречаются также случаи использования данного института и в делах об антимонопольных нарушениях.
- В зарубежной практике регулирование в данной сфере обеспечивается посредством разработки подзаконных актов, порядков и рекомендаций по работе антимонопольного ведомства, а также типовых договоров привлечения доверенных

²⁷ Pasquale F. Paradoxes of Digital Antitrust: Why the FTC Failed to Explain Its Inaction on Search Bias. Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series, 2013 https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2437&context=fac_pubs, Page W., Childers S. Software Development as an Antitrust Remedy: Lessons from the Enforcement of the Microsoft Communications Protocol Licensing Requirement. Michigan Telecommunications and Technology Law Review, 2007 <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=facultypub>.

лиц. При этом, несмотря на то, что полный перечень требований, функций, прав и иных условий привлечения доверенного лица определяется в зависимости от целей антимонопольного ведомства и параметров каждого конкретного дела, подходы к использованию данного института, как правило, установлены заранее и имеют много общего в различных юрисдикциях.

- Анализ зарубежного опыта показывает, что решение о выборе доверенного лица принимается непосредственно антимонопольным ведомством, однако, как правило, бизнесу дается право выдвигать кандидатуры потенциальных доверенных лиц.

- В зависимости от характера условий, содержащихся в выдаваемом антимонопольным ведомством предписании, и выполняемых функций в зарубежной практике, как правило, выделяют два вида доверенных лиц: осуществляющее мониторинг исполнения требований антимонопольного органа (*Monitoring Trustee*) и осуществляющее отчуждение активов в соответствии с условиями, выдвинутыми регулятором (*Divestiture Trustee*); в то же время обе данные функции могут выполняться одним лицом.

- Ввиду того что доверенные лица в процессе мониторинга получают доступ к широкому перечню внутренней информации о деятельности компании, обязательным условием их привлечения является обеспечение конфиденциальности. При этом соответствующие условия могут включать в себя не только ограничения на распространение информации, но и ее использование (в том числе коммерциализацию), а также требования к обеспечению информационной безопасности и применению средств защиты информации.

- При определении порядка финансирования деятельности доверенного лица необходимо в первую очередь учитывать баланс интересов антимонопольного органа и подконтрольной организации. Так, применение схемы, в соответствии с которой все издержки ложатся на компании, может быть оправдано в случаях согласования сделок экономической концентрации и мониторинга исполнения бизнесом сложных проконкурентных обязательств (в рамках механизма предупреждения нарушений антимонопольного законодательства), однако в антимонопольных делах, по которым уже было принято обвинительное решение и назначены штрафные санкции (случай перенесения функций антимонопольного органа на доверительное лицо), перекладывание издержек мониторинга на компании требует обоснования.

**Выпуск подготовлен под руководством Татьяны Радченко
авторским коллективом
Управления по конкурентной политике**

**Елена Ковалёва
Софья Малых**

**Антон Волков
Елена Герасимова**

© При использовании информации и материалов ссылка на Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации обязательна.

A series of 25 horizontal dotted lines for taking notes.

ac.gov.ru/publications/



facebook.com/ac.gov.ru



twitter.com/AC_gov_ru



youtube.com/user/analyticalcentergov

