



ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

РАЗЪЯСНЕНИЕ

**Президиума Федеральной антимонопольной службы
«Об информации, составляющей коммерческую тайну, в рамках рассмотрения
дела о нарушении антимонопольного законодательства, проведении проверок
соблюдения антимонопольного законодательства, осуществлении
государственного контроля за экономической концентрацией»**

№ 13

г. Москва

21 февраля 2018 г.

Настоящее разъяснение подготовлено ФАС России по результатам изучения и обобщения практики применения антимонопольными органами антимонопольного законодательства к отношениям, связанным с получением, использованием и предоставлением доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, в целях обеспечения предусмотренных Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) прав лиц, привлекаемых к рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства, лиц, в отношении которых проводятся проверки соблюдения антимонопольного законодательства, а также при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией.

Настоящее разъяснение не касается вопросов практики применения антимонопольного законодательства в случаях, связанных с получением, использованием и предоставлением доступа к государственной и иной охраняемой законом тайне, кроме коммерческой тайны.

1. Понятие коммерческой тайны.

Под коммерческой тайной понимается режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду

(часть 1 статьи 3 Федерального закона от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (далее — Закон о коммерческой тайне), к которой у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которой введен режим коммерческой тайны (пункт 2 статьи 3 Закона о коммерческой тайне).

Необходимо отметить, что положения Закона о коммерческой тайне регулируют отношения, связанные с установлением, изменением и прекращением режима коммерческой тайны в отношении информации, которая имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам. Режим коммерческой тайны считается установленным только после принятия обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, мер по ее охране (часть 2 статьи 10 Закона о коммерческой тайне).

Требования к мерам по охране конфиденциальности информации определены в статье 10 Закона о коммерческой тайне и должны включать в себя:

- 1) определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну;
- 2) ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка;
- 3) учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана;
- 4) регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров;
- 5) нанесение на материальные носители, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, или включение в состав реквизитов документов, содержащих такую информацию, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя такой информации (для юридических лиц - полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей - фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

В соответствии с частью 1 статьи 4 Закона о коммерческой тайне право на отнесение информации к информации, составляющей коммерческую тайну, и на определение перечня и состава такой информации принадлежит обладателю такой информации, но ограничено обязанностью по соблюдению таким обладателем требований Закона о коммерческой тайне.

Таким образом, информация, в отношении которой отсутствует введенный обладателем информации режим коммерческой тайны, соответствующий требованиям Закона о коммерческой тайне, не подлежит охране в соответствии с требованиями указанного закона, а также положениями статьи 26 Закона о защите конкуренции.

2. Сведения, которые не могут быть отнесены к коммерческой тайне.

Общий перечень сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, приведен в статье 5 Закона о коммерческой тайне.

Так, режим коммерческой тайны не может быть установлен лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, в отношении следующих сведений:

1) содержащихся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствующие государственные реестры;

2) содержащихся в документах, дающих право на осуществление предпринимательской деятельности;

3) о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов;

4) о загрязнении окружающей среды, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом;

5) о численности, о составе работников, о системе оплаты труда, об условиях труда, в том числе об охране труда, о показателях производственного травматизма и профессиональной заболеваемости, и о наличии свободных рабочих мест;

6) о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам;

7) о нарушениях законодательства Российской Федерации и фактах привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;

8) об условиях конкурсов или аукционов по приватизации объектов государственной или муниципальной собственности;

9) о размерах и структуре доходов некоммерческих организаций, о размерах и составе их имущества, об их расходах, о численности и об оплате труда их работников, об использовании безвозмездного труда граждан в деятельности некоммерческой организации;

10) о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица.

Указанный перечень не является исчерпывающим, поскольку в силу пункта 11 статьи 5 Закона о коммерческой тайне к информации, составляющей коммерческую тайну, не могут относиться сведения, обязательность раскрытия которых или недопустимость ограничения доступа, к которым установлена иными федеральными законами.

Примером являются, в частности, сведения, содержащиеся в заявлениях, возражениях, пояснениях и иных материалах, представленных по инициативе лица, участвующего в деле о нарушении антимонопольного законодательства, в письменной или устной форме по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, в отношении которых в соответствии с частью 2 статьи 45² Закона о защите конкуренции не может быть установлен режим коммерческой тайны.

В случае, если режим коммерческой тайны введен в отношении информации, содержащей сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну, то такая

информация не подлежит охране в соответствии с требованиями Закона о коммерческой тайне и положениями статьи 26 Закона о защите конкуренции.

Из представленных выше положений следует, что если антимонопольный орган установит введение обладателем информации режима коммерческой тайны в отношении информации, содержащей сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну, то такая информация должна рассматриваться антимонопольным органом как не содержащая коммерческую тайну.

Кроме того, не может быть отнесена к коммерческой тайне информация, в отношении которой не введен режим коммерческой тайны.

При этом необходимо учитывать, что согласно части 4 статьи 14 Закона о коммерческой тайне лицо, которое использовало информацию, составляющую коммерческую тайну, и не имело достаточных оснований считать использование данной информации незаконным, в том числе получило доступ к ней в результате случайности или ошибки, не может в соответствии с Законом о коммерческой тайне быть привлечено к ответственности.

3. Права и обязанности лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, на получение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну.

3.1. Согласно части 2 статьи 24 Конституции Российской Федерации органы государственной власти обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом.

При рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства должен обеспечиваться баланс интересов лиц, предоставивших в материалы дела информацию, составляющую коммерческую тайну, и лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, права и законные интересы которых затрагиваются рассмотрением соответствующего дела.

Наличие в материалах дела информации, составляющей коммерческую тайну, само по себе не может являться основанием для необоснованного ограничения прав лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, по надлежащей подготовке и изложению своей самостоятельной позиции.

Лицами, участвующими в деле о нарушении антимонопольного законодательства, являются: заявитель, ответчик по делу и заинтересованные лица (статья 42 Закона о защите конкуренции).

Поскольку перечень лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, является закрытым, все иные лица, в том или ином качестве принимающие участие в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, не относятся к лицам, участвующим в деле о нарушении антимонопольного законодательства (статья 42 Закона о защите конкуренции), и, соответственно, не обладают их правами и не несут их обязанности.

Иные лица, участвующие в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, на основании части 1 и части 8 статьи 42¹ Закона о защите конкуренции привлекаются к участию в деле комиссией (по

ходатайству лиц, участвующих в деле, или по собственной инициативе) путем принятия соответствующего определения. Соответственно, свои права и обязанности, связанные с участием в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, названные лица приобретают исключительно с момента принятия указанного определения.

Права и обязанности лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, закреплены в статье 43 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которой с момента возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства лица, участвующие в деле, имеют право знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, представлять доказательства и знакомиться с доказательствами, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, заявлять ходатайства, давать пояснения в письменной или устной форме комиссии, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, знакомиться с ходатайствами других лиц, участвующих в деле, возражать против ходатайств, доводов других лиц, участвующих в деле.

Материалы, содержащиеся в деле о нарушении антимонопольного законодательства, не могут предоставляться антимонопольным органом (комиссией антимонопольного органа) лицам, не привлеченным в установленном порядке к участию в деле о нарушении антимонопольного законодательства, если иное прямо не предусмотрено законодательством.

3.2. В силу части 3 статьи 43 Закона о защите конкуренции фотосъемка, видеозапись рассмотрения дела, трансляция по радио и телевидению рассмотрения дела допускаются с разрешения председателя комиссии, за исключением случаев рассмотрения дела в закрытом заседании по основаниям, предусмотренным Законом о защите конкуренции.

В соответствии с частью 2 статьи 43 Закона о защите конкуренции лица, участвующие в деле, при рассмотрении дела имеют право в письменной форме, а также с помощью средств аудиозаписи фиксировать ход его рассмотрения. В случае, если при рассмотрении дела оглашается информация, составляющая охраняемую законом тайну, председатель комиссии вправе принять решение о запрете ведения лицами, участвующими в деле, аудиозаписи, фиксирующей ход рассмотрения дела.

Согласно части 3¹ статьи 45 Закона о защите конкуренции рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в закрытом заседании допускается в случае необходимости сохранения коммерческой тайны, в том числе при удовлетворении ходатайства лица, участвующего в деле о нарушении антимонопольного законодательства и ссылающегося на такую необходимость.

При этом, если комиссия антимонопольного органа установит введение обладателем информации режима коммерческой тайны в отношении информации, содержащей сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну, в удовлетворении ходатайства о рассмотрении дела в закрытом заседании должно быть отказано.

Аналогичная позиция изложена в пункте 19 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 61 «Об обеспечении гласности в арбитражном процессе».

О рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства в закрытом заседании комиссия выносит определение.

3.3. Права лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, обеспечиваются, в том числе путем предоставления лицами, установившими в отношении представленной ими информации режим коммерческой тайны, согласия на ознакомление с информацией, содержащей коммерческую тайну, другим лицам, участвующим в деле.

В случае отсутствия такого согласия, оглашение в данном заседании информации, содержащей коммерческую тайну, представленной по запросу антимонопольного органа, осуществляется в отсутствие лиц, не имеющих права на ознакомление с материалами, содержащими коммерческую тайну.

Председатель комиссии при определении в соответствии с пунктом 5 части 3 статьи 45 Закона о защите конкуренции последовательности совершения действий при рассмотрении дела вправе предложить лицам, участвующим в деле, установить порядок рассмотрения дела, при котором оглашение информации, содержащей коммерческую тайну, будет осуществляться в начале либо по ходу заседания, с удалением из зала заседания на время такого оглашения лиц, не имеющих права на ознакомление с материалами, содержащими коммерческую тайну.

3.4. Антимонопольный орган обязан раскрыть и описать в соответствии с требованиями Закона о защите конкуренции доказательства, послужившие основанием для возбуждения дела, доказательства, на которых основаны выводы комиссии в заключении об обстоятельствах дела и в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Согласно пунктам 2 и 3 части 14 статьи 44 Закона о защите конкуренции определение о назначении дела о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению должно содержать, в том числе основания, послужившие поводом к возбуждению дела, а также описание выявленных признаков нарушения антимонопольного законодательства, доказательств, фактических и иных обстоятельств, которые свидетельствуют об их наличии.

В случае, если при вынесении определения о назначении дела о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению необходим запрос информации, формулирование требований о котором невозможно без указания информации, относящейся к коммерческой тайне, представляется целесообразным запрашивать такую информацию на основании отдельного запроса антимонопольного органа на основании статьи 25 Закона о защите конкуренции, не включая такие требования в текст указанного определения.

В силу части 2 статьи 45² Закона о защите конкуренции в отношении заявлений, возражений, пояснений и иных материалов, представленных по инициативе лица, участвующего в деле, в письменной или устной форме по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, не может быть установлен режим коммерческой тайны.

Соответственно, в случае, если информация, содержащаяся в указанных документах, послужила основанием для принятия решения о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, такая информация не может быть признана информацией, составляющей коммерческую тайну, и должна быть описана

соответственно в определении о назначении дела о нарушении антимонопольного законодательства к рассмотрению в объеме, необходимом для описания выявленных признаков нарушения антимонопольного законодательства, доказательств, фактических и иных обстоятельств, которые свидетельствуют об их наличии.

Вместе с тем ознакомление с такими материалами, представленными по инициативе лица, участвующего в деле, возможно только на стадии рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в рамках реализации, предусмотренных статьей 43 Закона о защите конкуренции прав лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства. До возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства ознакомление с такими материалами законом не предусмотрено.

Вопросы об объеме раскрытия информации и соблюдении режима охраны коммерческой тайны могут возникать и при принятии комиссией антимонопольного органа заключения об обстоятельствах дела и решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Так, согласно части 2 статьи 48¹ Закона о защите конкуренции заключение об обстоятельствах дела оформляется в виде отдельного документа, подписывается председателем и членами комиссии и должно содержать:

1) фактические и иные обстоятельства дела, установленные комиссией, в том числе обстоятельства, установленные в ходе проведенного антимонопольным органом анализа состояния конкуренции, и обстоятельства, установленные в ходе проведения проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства;

2) доказательства, на которых основаны выводы комиссии об обстоятельствах дела, мотивы, по которым комиссия отвергла те или иные доказательства, приняла или отклонила приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц, участвующих в деле.

Согласно части 2 статьи 41 Закона о защите конкуренции решение комиссии оформляется в виде документа, подписывается председателем комиссии и всеми членами комиссии, присутствовавшими на заседании комиссии. Решение комиссии должно быть изготовлено в одном экземпляре и приобщено к материалам дела.

В свою очередь согласно части 3³ статьи 41 Закона о защите конкуренции в мотивировочной части решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства должны быть указаны:

1) фактические и иные обстоятельства дела, установленные комиссией, в том числе обстоятельства, установленные в ходе проведенного антимонопольным органом анализа состояния конкуренции, и обстоятельства, установленные в ходе проведения проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства;

2) доказательства, на которых основаны выводы комиссии об обстоятельствах дела, и доводы в пользу принятого решения, мотивы, по которым комиссия отвергла те или иные доказательства, приняла или отклонила приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц, участвующих в деле;

3) законы и иные нормативные правовые акты, которыми руководствовалась комиссия при принятии решения.

Из анализа указанных положений законодательства следует, что заключение об обстоятельствах дела и решение по делу о нарушении антимонопольного

законодательства изготавливается в одном экземпляре.

При этом указанные акты должны содержать обстоятельства дела, установленные комиссией, и доказательства, на которых основаны выводы комиссии.

В целях обеспечения режима охраны коммерческой тайны комиссии антимонопольного органа при подготовке соответствующих заключений об обстоятельствах дела и решений следует описывать соответствующие обстоятельства и доказательства в объеме, необходимом для принятия соответствующего процессуального решения, без включения информации, непосредственно составляющей коммерческую тайну.

В случае, если обоснование выводов комиссии антимонопольного органа невозможно без включения информации, составляющей коммерческую тайну, такая информация подлежит включению в соответствующий акт, однако в целях соблюдения баланса публичных и частных интересов всех участников сложившихся отношений антимонопольный орган обязан выдать (предоставить для ознакомления, направить) лицам, участвующим в деле, не получившим соответствующего согласия обладателя таких сведений, копию соответствующего акта, исключив из него сведения, составляющие коммерческую тайну (например, не изменяя структуру документа, оформить соответствующую часть его текста в виде, не поддающемся прочтению, либо путем перенесения текста, содержащего сведения, составляющие коммерческую тайну, в приложение к документу, не подлежащее выдачи (предоставления для ознакомления, направления) лицам, участвующим в деле, не получившим соответствующего согласия обладателя таких сведений).

Аналогичный вывод сделан, например, в постановлении Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19.05.2005 № Ф04-3053/2005 (11373-А45-23), № Ф04-3053/2005 (11841-А45-23).

Указанные подходы относительно отражения информации, составляющей коммерческую тайну, применимы и к аналитическому отчету о результатах анализа состояния конкуренции на товарном рынке, поскольку согласно части 4 статьи 45¹ Закона о защите конкуренции результаты анализа состояния конкуренции, проведенного в порядке, установленном федеральным антимонопольным органом, относятся к письменным доказательствам по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

При этом данные аналитического отчета о размере рыночной доли участников товарного рынка, товарах, входящих в продуктовые границы, взаимозаменяемых товарах, а также характеристиках товара, исключающих взаимозаменяемость, не могут быть отнесены к информации составляющей коммерческую тайну какого-либо хозяйствующего субъекта, поскольку такая информация является результатом обработки собранных сведений и вероятностной оценкой со стороны антимонопольного органа состояния конкуренции на соответствующем товарном рынке и не принадлежит какому-либо конкретному лицу.

Обезличенные результаты опроса потребителей о продуктовых и/или географических границах рынка, иного анкетирования или выяснения мнения относительно свойств товара и/или состояния конкуренции на товарном рынке, также не могут относиться к информации, составляющей коммерческую тайну, так

как представляют собой оценку мнения потребителей. При этом в случае, если опрашиваемым лицом в отношении заполненной им анкеты (иного документа) присвоен статус коммерческой тайны, доступ к такой анкете предоставляется только с согласия обладателя коммерческой тайны.

3.5. Исходя из частей 3 – 5 статьи 45² Закона о защите конкуренции, сведения, документы, которые представлены по запросу или иному требованию антимонопольного органа, в отношении которых установлен режим коммерческой тайны и которые являются материалами дела о нарушении антимонопольного законодательства, могут быть представлены для ознакомления лицам, участвующим в деле, под расписку с согласия обладателя таких сведений, документов. Согласие обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, на ознакомление лиц, участвующих в деле, с такой информацией представляется в комиссию в письменной форме в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и приобщается к материалам дела.

Расписка лиц, участвующих в деле, о неразглашении информации, составляющей коммерческую тайну и ставшей им известной в результате рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, представляется в комиссию до ознакомления с материалами дела о нарушении антимонопольного законодательства. Форма расписки утверждена приложением 25 к приказу ФАС России от 22.12.2006 № 337. Расписка о неразглашении также приобщается к материалам дела.

Вместе с тем представляется, что согласие на доступ лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, к информации, составляющей коммерческую тайну, может быть оформлено как путем использования расписки (часть 3 статьи 45² Закона о защите конкуренции), так и путем заключения соглашения лицами, участвующими в деле о нарушении антимонопольного законодательства, о порядке и условиях использования принадлежащей им информации, составляющей коммерческую тайну, в соответствии с положениями пункта 2 части 3 статьи 5 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», или на основании гражданско-правовых договоров между контрагентами в соответствии с положениями пункта 4 части 1 статьи 10 Закона о коммерческой тайне.

В этом случае соглашение или договор об условиях использования коммерческой тайны также приобщается к материалам дела.

При этом лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, дающие согласие на доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, должны обладать полномочиями по раскрытию такой информации на основании учредительных документов организации, локальных актов организации или на иных законных основаниях.

В целях реализации права на ознакомление с материалами дела о нарушении антимонопольного законодательства, в отношении которых установлен режим коммерческой тайны, и обеспечения возможности запросить согласие на ознакомление с такой информацией комиссия антимонопольного органа предоставляет лицам, участвующим в деле, перечень лиц, представивших информацию, составляющую коммерческую тайну.

4. Обязанность представлять по требованию антимонопольного органа информацию, составляющую коммерческую тайну.

Статья 22 Закона о защите конкуренции относит к функциям антимонопольного органа, в том числе обеспечение государственного контроля за соблюдением антимонопольного законодательства, выявление нарушений антимонопольного законодательства и принятие мер по их прекращению.

Из положений пунктов 1, 11 части 1 статьи 23, части 6 статьи 44, части 5 статьи 45 Закона о защите конкуренции следует, что антимонопольный орган в целях выполнения возложенных на него обязанностей вправе запрашивать у лиц, участвующих в деле, документы, сведения и информацию, объяснения в письменной или устной форме, необходимые для разрешения вопросов, возникающих в ходе рассмотрения материалов дела.

В свою очередь статьей 25 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что коммерческие организации и некоммерческие организации (их должностные лица), федеральные органы исполнительной власти (их должностные лица), органы государственной власти субъектов Российской Федерации (их должностные лица), органы местного самоуправления (их должностные лица), иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации (их должностные лица), а также государственные внебюджетные фонды (их должностные лица), физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, обязаны представлять в антимонопольный орган (его должностным лицам) по его мотивированному требованию в установленный срок необходимые антимонопольному органу в соответствии с возложенными на него полномочиями документы, объяснения, информацию соответственно в письменной и устной форме (в том числе информацию, составляющую коммерческую тайну), включая акты, договоры, справки, деловую корреспонденцию, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой записи или в форме записи на электронных носителях.

Закон о защите конкуренции не содержит ограничений по составу и объему запрашиваемой информации, необходимой для осуществления антимонопольным органом его задач и функций. Объем запрашиваемых сведений, состав документов (информации), порядок и сроки их представления должны определяться антимонопольным органом в каждом конкретном случае в зависимости от предмета проверки и иных существенных обстоятельств, обуславливаемых необходимостью осуществления им возложенных на него задач и функций.

При этом, согласно позиции, изложенной в пункте 14 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016, запрос антимонопольного органа о представлении хозяйствующим субъектом необходимой

информации, документов, объяснений по возбужденному в отношении его делу о нарушении антимонопольного законодательства признается мотивированным при указании в нем на процессуальный повод истребования информации, нормативно-правовое основание истребования информации и положение Закона о защите конкуренции, которое, по мнению антимонопольного органа, могло быть нарушено хозяйствующим субъектом. Частью 6 статьи 44 Закона о защите конкуренции антимонопольному органу предоставлено право запрашивать у коммерческих организаций и иных лиц с соблюдением требований законодательства Российской Федерации о коммерческой тайне документы, сведения, пояснения, связанные с обстоятельствами, изложенными в заявлении или материалах.

Непредставление сведений (информации), указанных в запросе, препятствует осуществлению антимонопольным органом своих полномочий и осуществлению своих функций.

Положения статьи 25 Закона о защите конкуренции содержат безусловную обязанность представлять по требованию антимонопольного органа информацию, составляющую коммерческую тайну.

Статьей 15 Закона о коммерческой тайне установлено, что невыполнение обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, законных требований органов государственной власти, иных государственных органов, органов местного самоуправления о предоставлении им информации, составляющей коммерческую тайну, а равно воспрепятствование получению должностными лицами этих органов указанной информации влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Отказ лица представлять информацию по мотивированному запросу антимонопольного органа в связи с тем, что она составляет коммерческую тайну, в правоприменительной практике однозначно расценивается как совершение правонарушения, предусмотренного частью 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП) (постановление Верховного Суда Российской Федерации от 19.02.2015 по делу № 307-АД14-1687, А56-70550/2013; постановление ФАС Северо-Западного округа от 10.07.2014 № Ф07-4427/2014 по делу № А56-70550/2013; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 14.04.2010 по делу № А29-11232/2009).

Частью 1 статьи 13 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее — Закон № 57-ФЗ) ФАС России как уполномоченному органу по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, предоставлено право запрашивать и получать указанные в статьях 9 и 10 Закона № 57-ФЗ документы и сведения.

Согласно части 4 статьи 13 Закона № 57-ФЗ физические и юридические лица, в том числе держатели реестров акционеров акционерных обществ, имеющих стратегическое значение, обязаны представлять по требованию уполномоченного органа в установленный срок достоверные документы, объяснения в письменной

или устной форме и иную необходимую для осуществления уполномоченным органом своих функций информацию, включая информацию, составляющую коммерческую тайну.

Обязанность предоставления такой информации подтверждается судебной практикой, например, постановлением Арбитражного суда Московского округа от 07.02.2017 № Ф05-22000/2016 по делу № А40-113716/2016 о непредставлении АО «Корсаковский морской торговый порт» в ФАС России документов и сведений со ссылкой на то, что запрашиваемая информация является коммерческой тайной. Суд подтвердил позицию ФАС России о том, что часть 4 статьи 13 Закона № 57-ФЗ возлагает на физических и юридических лиц безусловную обязанность предоставлять по требованию ФАС России необходимую для осуществления уполномоченным органом своих функций информацию, включая информацию, составляющую коммерческую тайну.

Документы, направляемые антимонопольному органу и содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, должны соответствовать требованиям статьи 10 Закона о коммерческой тайне. В частности, в соответствии с частью 4 статьи 6 Закона о коммерческой тайне такие документы должны быть промаркированы грифом «Коммерческая тайна» с указанием ее обладателя (для юридических лиц - полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей - фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства). Невыполнение указанного требования закона свидетельствует о непринятии обладателем информации минимально необходимых мер ее охраны и освобождает антимонопольный орган от выполнения обязанности, предусмотренной статьей 26 Закона о защите конкуренции.

Следует обратить внимание на то, что информация, которая ранее была представлена в антимонопольный орган без соблюдения режима коммерческой тайны, не может быть позднее признана коммерческой тайной, поскольку такая информация, в силу ее раскрытия обладателем такой информации не соответствует критериям коммерческой тайны, установленным пунктом 2 статьи 3, части 1 статьи 10 Закона о коммерческой тайне.

Лицами, предоставляющими информацию и документы по запросу антимонопольного органа, должен быть определен круг информации, составляющей коммерческую тайну, который бы позволил антимонопольному органу обеспечить ее идентификацию и соблюдение режима охраны.

С учетом требований части 6 статьи 10 Закона о коммерческой тайне о невозможности использования режима коммерческой тайны в целях, противоречащих требованиям защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, антимонопольный орган вправе одновременно с запросом необходимых ему документов, объяснений, информации (в письменной и устной форме) запрашивать доказательства принятия обладателем мер охраны в отношении информации, содержащей коммерческую тайну, предусмотренных статьей 10 Закона о коммерческой тайне.

В связи с этим в случае, если письменные объяснения по тому либо иному обстоятельству, имеющему значение для дела, а также документы и материалы, были запрошены комиссией у лиц, участвующих в деле, то комиссия вправе:

1) истребовать письменные подтверждения отнесения запрошенных информации, документов и материалов, к коммерческой тайне, с представлением доказательств принятия в отношении таких сведений мер охраны в порядке статьи 10 Закона о коммерческой тайне, а также указать, какая часть представленных информации, документов и материалов содержит в себе информацию, являющуюся коммерческой тайной;

2) предложить подготовить и представить для отдельного приобщения в материалы дела дополнительные письменные пояснения, не включающие сведения, содержащие коммерческую тайну и запрошенные комиссией, для целей соблюдения процессуальных прав иных лиц, участвующих в деле;

3) предложить рассмотреть вопрос о предоставлении согласия на ознакомление других лиц, участвующих в деле, с представляемыми конфиденциальными сведениями, с принятием последними на себя соответствующих ограничений, предусмотренных Законом о защите конкуренции. При этом комиссия антимонопольного органа не вправе обязать лицо, участвующее в деле, предоставить согласие на ознакомление.

Лицо, предоставляющее антимонопольному органу информацию, составляющую коммерческую тайну, самостоятельно определяет форму ее предоставления в версии для третьих лиц, исключаяющей нарушение охраняемых интересов в части возможной утраты коммерческой ценности указанной информации при ее передаче третьим лицам. В частности, это могут быть копии документов, в которых информация, представляющая коммерческую ценность, является сокрытой; предоставление информации в обезличенном виде или на уровне обобщения, исключаяющего нарушение коммерческих интересов, или иная удобная форма.

Одновременно необходимо отметить, что непредставление указанных выше документов и сведений в такой версии для третьих лиц, не может расцениваться как совершение правонарушения, предусмотренного частью 5 статьи 19.8 КоАП.

5. Соблюдение режима коммерческой тайны в отношении материалов, представляемых в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, при проведении проверки антимонопольным органом, при рассмотрении ходатайств в рамках осуществления государственного контроля за экономической концентрацией.

Согласно статьи 26 Закона о защите конкуренции информация, составляющая коммерческую тайну и полученная антимонопольным органом при осуществлении своих полномочий, не подлежит разглашению, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

За разглашение информации, составляющей коммерческую тайну, работники антимонопольного органа несут гражданско-правовую, административную и уголовную ответственность.

Вред, причиненный физическому или юридическому лицу в результате разглашения антимонопольным органом либо его должностными лицами информации, составляющей коммерческую тайну, подлежит возмещению за счет казны Российской Федерации.

Административная ответственность за разглашение информации, составляющей коммерческую тайну, лицом, получившим доступ к такой информации в связи с исполнением служебных или профессиональных обязанностей, предусмотрена статьей 13.14 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Совершение такого правонарушения может влечь наложение административного штрафа на граждан в размере от пятисот до одной тысячи рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до пяти тысяч рублей.

В свою очередь уголовная ответственность предусмотрена статьей 183 Уголовного кодекса Российской Федерации, в соответствии с которой незаконные разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую тайну, без согласия их владельца лицом, которому она была доверена или стала известна по службе или работе, влечет наказание до трех лет лишения свободы, при причинении крупного ущерба или из корыстной заинтересованности – до пяти лет лишения свободы, а при наличии тяжких последствий - лишение свободы на срок до семи лет.

Отказ антимонопольного органа в предоставлении доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, как общее правило в отсутствие специальных положений федеральных законов, предусматривающих право на такой доступ или ознакомление, является правомерным и обоснованным (Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29.07.2016 № 305-КГ16-9107 по делу № А40-151566/2015; Определения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 09.04.2012 № 3391/12 по делу № А40-7263/11-145-84, от 16.02.2012 № 15690/11 по делу № А45-20124/2010; постановление Арбитражного суда Московского округа от 14.04.2016 №Ф05-4012/2016 по делу № А40-151566/2015; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 04.08.2011 по делу № А45-20124/2010; постановление ФАС Московского округа от 28.11.2011 по делу № А40-7263/11-145-84).

При этом комиссия по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства может содействовать самостоятельному предоставлению лицами, участвующими в деле о нарушении антимонопольного законодательства, пояснений, сведений и иных документов, свидетельствующих о тех обстоятельствах, на которые указанные лица ссылаются в обоснование своей позиции, в том числе путем исключения случаев запроса или истребования таких сведений и/или документов, если отсутствуют достаточные основания полагать, что лицо, у которого данные сведения и/или документы находятся, не заинтересовано или уклоняется от их самостоятельного предоставления в материалы дела.

Общие правила организации и проведения проверок антимонопольными органами, указаны в статьях 25¹ – 25⁶ Закона о защите конкуренции. Положения законодательства об обязанности предоставления информации, составляющей коммерческую тайну антимонопольному органу по его мотивированному запросу, а также о правах антимонопольного органа на получение такой информации и ответственность хозяйствующих субъектов за непредставление такой информации полностью применимы к отношениям, связанным с проведением проверок

антимонопольными органами.

В соответствии с частью 3 статьи 25^б Закона о защите конкуренции результаты проверки, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, оформляются с соблюдением требований, предусмотренных законодательством Российской Федерации.

Каких-либо исключений относительно режима коммерческой тайны, в том числе, связанных с правами на ознакомление с такой информацией третьих лиц (кроме непосредственно проверяемого лица) законом не предусмотрено.

При осуществлении контроля за экономической концентрацией антимонопольный орган вправе получать информацию, составляющую коммерческую тайну, что также следует из общих положений Закона о защите конкуренции относительно прав антимонопольного органа на получение информации и обязанности обеспечить режим ее конфиденциальности.

При этом Законом о защите конкуренции определены сведения, которые при подаче ходатайства о даче согласия антимонопольного органа на осуществление сделки, иного действия подлежат обязательному раскрытию. Так, частью 9 статьи 32, части 3 статьи 33 Закона о защите конкуренции предусмотрено обязательное размещение на официальном сайте антимонопольного органа в сети «Интернет» сведений о поступившем ходатайстве, о сделке, об ином действии, заявленных в ходатайстве. Данное требование направлено на обеспечение реализации заинтересованными лицами их прав по представлению в антимонопольный орган сведений о влиянии на состояние конкуренции такой сделки, иного действия, предусмотренных частью 9 статьи 32 Закона о защите конкуренции.

Исходя из положений пункта 11 статьи 5 Закона о коммерческой тайне, указанные сведения не могут быть признаны коммерческой тайной, поскольку их обязательное раскрытие предусмотрено частью 9 статьи 32, частью 3 статьи 33 Закона о защите конкуренции.

С учетом изложенного на официальном сайте антимонопольного органа в сети «Интернет» подлежит размещению информация о факте подачи ходатайства юридическим или физическим лицом, с указанием сведений об участниках сделки, иного действия, заявленных в ходатайстве (за исключением персональных данных физических лиц), а также предмета совершаемой сделки, иного действия, заявленных в ходатайстве (например, в ФАС России поступило ходатайство ООО «А» (место нахождения; основной вид деятельности) о даче согласия на приобретение 50 % акций АО «Б» (место нахождения; основной вид деятельности); гражданин Х обратился в ФАС России с ходатайством о получении в собственность основных производственных средств гражданина У).

Решения, принятые антимонопольным органом по результатам рассмотрения ходатайств, поступивших в антимонопольный орган, подлежат размещению на официальном сайте антимонопольного органа в сети «Интернет» с указанием информации в тексте решений в объеме не меньшем, чем при подаче ходатайств.

Каких-либо иных исключений относительно режима коммерческой тайны, в том числе, связанных с правами на ознакомление с такой информацией третьих лиц законом не предусмотрено. Соответственно, относительно такой информации должны быть приняты меры по охране конфиденциальности при ее предоставлении

и созданы соответствующие условия, предусмотренные, в частности, статьей 13 Закона о коммерческой тайне.

В целях пресечения возможного злоупотребления режимом коммерческой тайны и обеспечения реализации лицами, участвующими в деле о нарушении антимонопольного законодательства, их прав в тех случаях, когда у антимонопольного органа возникают сомнения в том, что представленная лицом, участвующим в деле, или лицом, в отношении которого проводится проверка, информация с нанесенным на документы и электронные носители грифом «Коммерческая тайна» действительно составляет коммерческую тайну, антимонопольный орган вправе запросить доказательства принятия лицом, представившем такую информацию, мер охраны, предусмотренных статьей 10 Закона о коммерческой тайне.

6. О предоставлении информации, составляющей коммерческую тайну, экспертам, участвующим в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В соответствии с частью 1 статьи 42¹ Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссия вправе по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по собственной инициативе привлекать экспертов. Эксперты не являются лицами, участвующими в деле.

Согласно части 2 статьи 42¹ Закона о защите конкуренции экспертом, привлекаемым комиссией при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, является лицо, обладающее специальными знаниями по касающимся рассматриваемого дела вопросам.

Кандидатуры экспертов и круг вопросов, по которым требуется заключение эксперта, определяются комиссией. При назначении экспертизы лица, участвующие в деле, вправе предлагать комиссии кандидатуры экспертов и экспертных организаций, а также круг вопросов, по которым требуется заключение эксперта.

Значение экспертного заключения для рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства раскрывается в части 3 статьи 45¹ Закона о защите конкуренции, в соответствии с которой в качестве доказательств по делу о нарушении антимонопольного законодательства допускаются заключения экспертов.

На специальный статус эксперта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства указывает также часть 3² статьи 45 Закона о защите конкуренции, согласно которой при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства в закрытом заседании присутствуют лица, участвующие в деле, их представители, а в необходимых случаях по решению комиссии присутствуют эксперты.

Из указанных положений следует, что эксперт имеет специальный статус при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, проведение экспертизы направлено на всесторонне, полное и объективное исследование всех материалов дела, заключение эксперта является доказательством по делу.

Кроме того, эксперт несет ответственность за дачу заведомо ложного заключения в соответствии со статьей 307 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Этими положениями определяются и права эксперта на ознакомление с материалами дела, составляющими коммерческую тайну.

В силу части 5 статьи 3 Закона о коммерческой тайне доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, - ознакомление определенных лиц с информацией, составляющей коммерческую тайну, с согласия ее обладателя или на ином законном основании при условии сохранения конфиденциальности этой информации.

В соответствии с частью 5 статьи 42¹ Закона о защите конкуренции эксперт с разрешения комиссии вправе знакомиться с материалами дела, участвовать в заседании комиссии (право участия эксперта в закрытом заседании также предусмотрено частью 3² статьи 45 Закона о защите конкуренции), заявлять ходатайство о предоставлении ему дополнительных материалов.

Таким образом, в силу прямого указания специального закона материалы дела, которые должны быть представлены для ознакомления с целью проведения экспертом (экспертами) полного и всестороннего исследования, могут содержать информацию, составляющую коммерческую тайну.

В случае предоставления информации, составляющей коммерческую тайну, эксперту (экспертам), участвующему (участвующим) в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, эксперт (эксперты) предоставляет (предоставляют) комиссии расписку о неразглашении данной информации.

При этом, частью 3⁴ статьи 45 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что разглашение экспертами сведений, составляющих коммерческую тайну, влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Указанные положения части 3⁴ статьи 45 Закона о защите конкуренции направлены на обеспечение гарантии соблюдения режима коммерческой тайны относительно информации, представленной в материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства, и, в то же время, на обеспечение полноты и объективности проведения экспертного исследования.

По запросу лица, участвующего в деле о нарушении антимонопольного законодательства, и с целью реализации правомочий, установленных в части 1 статьи 43 Закона о защите конкуренции, комиссия вправе предоставить информацию о составе материалов дела, содержащих информацию, составляющую коммерческую тайну, которые предоставлены эксперту для проведения экспертизы.

Выводы эксперта, содержащиеся в экспертном заключении, не могут быть отнесены к информации, составляющей коммерческую тайну какого-либо хозяйствующего субъекта, поскольку данная информация представляет собой результат обработки экспертом переданных ему комиссией антимонопольного органа сведений и документов, являющихся предметом экспертизы, и оценку со стороны эксперта.

Вместе с тем согласно части 3³ статьи 45 Закона о защите конкуренции само экспертное заключение в том случае, если оно содержит сведения, составляющие коммерческую тайну, хранится в соответствии с требованиями законодательства

Российской Федерации в отдельном томе дела о нарушении антимонопольного законодательства. Режим ознакомления с такими материалами обеспечивается с соблюдением требований к охране коммерческой тайны и позволяет лицам, участвующим в деле, получить доступ к ним при наличии соответствующего согласия правообладателя.

Председатель
Президиума ФАС России,
Руководитель ФАС России



И.Ю. Артемьев