

# «Кто борется, может проиграть, кто не борется, тот уже проиграл»

## Антимонопольный форум Объединения Корпоративных Юристов

ISSN: 2542-0259  
© Российское конкурентное право  
и экономика, 2019

**15** марта 2019 г. в ТПП РФ на Ильинке прошел Антимонопольный форум Объединения Корпоративных Юристов «Кто борется, может проиграть, кто не борется, тот уже проиграл». Мероприятие проводилось при поддержке Федеральной антимонопольной службы и Евразийской экономической комиссии.

**Александра Нестеренко, президент ОКЮР**, обратила внимание на значимость поддержания диалога с органами власти, пригласила участников использовать предоставленную возможность и сообщать о потребностях бизнеса.

Первая сессия была посвящена особенностям антимонопольного регулирования в цифровую эпоху.

**Андрей Цариковский, статс-секретарь — заместитель руководителя ФАС России**, открыл Форум выступлением на тему «Адаптация ФАС России к условиям цифровой экономики».

Он заметил, что ФАС России неоднократно подвергалась критике при принятии поправок к антимонопольному законодательству. Однако возможности остановиться, по словам спикера, нет. Все законодательство в области экономики, в том числе антимонопольное, подлежит глубокой переработке, вплоть до выпуска новых законов.

Спикер обратил внимание на то, что многие экономические явления существуют меньший период времени, чем период, требуемый для внесения поправок в законодательство. Чтобы обеспечить актуальное нормативное регулирование, необходимо перейти от кодифицированного законодательства к прецедентному праву, сформировать общий понятийный подход.

«В экономике сейчас нет однозначных решений, — отмечает замруководителя ведомства, подводя итоги своего выступления. — ФАС России меняется, но если мы меняться не будем, то мы точно проиграем».

**Елена Кузнецова, руководитель антимонопольной практики Инфралекс**, подняла тему отмены интеллектуальных иммунитетов.

По словам Елены, событием 2018 г., касающимся злоупотреблений иностранными правообладателями, явилось решение Конституционного Суда, которое гарантирует, что товары, ввезенные не зависимыми от правообладателя импортерами, не могут изыматься и уничтожаться.

По мнению спикера, важным вопросом является определение в антимонопольных пакетах специальных оговорок о нераспространении запретов на права правообладателей, установленные ГК. Например, на определение территории в лицензионных договорах.

Елена подчеркнула, что нужно взвешенно подходить к термину «легальная монополия» и к оценке состояния конкуренции на рынке интеллектуальных прав.

Отдельно был освещен вопрос работы антимонопольного органа в соответствии с Договором о Евразийском экономическом союзе.

**Анна Бахаева, старший юрист Bryan Cave Leighton Paisner (Russia) LLP**, выступила с темой «Особенности анализа товарных рынков на основе проекта Разъяснений Президиума ФАС России о некоторых вопросах анализа состояния конкуренции на товарных рынках».

«Кто борется, может проиграть, кто не борется, тот уже проиграл»



Андрей Цариковский, статс-секретарь — заместитель руководителя ФАС России; Александра Нестеренко, президент Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Объединение Корпоративных Юристов»

Анна отметила, что работа над Разъяснениями рабочей группой ОКЮР и ФАС России велась больше года, и рассказала об основных разночтениях в судебной практике, предупреждение которых стало возможным с принятием Разъяснений Президиума ФАС России.

В частности, ни один этап анализа состояния конкуренции на товарном рынке не может быть пропущен. Исключением являются случаи, прямо предусмотренные Приказом ФАС России № 220 (далее — Приказ).

Также спикер обратила внимание на значимость исследования достаточного временного интервала при проведении анализа и установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта, а также на достаточность предварительного определения товара при установлении продуктовых границ товарного рынка.

Были затронуты вопросы обязательности определения барьеров входа на товарный рынок и необходимости анализа состояния конкуренции на товарных рынках, находящихся в состоянии естественной монополии. Разъяснения указывают на обязанность антимонопольного органа доказать, как минимум, что хозяйствующий субъект является субъектом естественной монополии, установить, какие услуги и на каком рынке оказывает хозяйствующий субъект, а также установить, находится ли этот рынок в состоянии естественной монополии.

При этом статус субъекта естественной монополии на одном рынке автоматически не означает наличия доминирующего положения на иных товарных рынках.

**Алексей Костоваров, советник практики по разрешению споров и банкротству, руководитель практики антимонопольного права и закупок Линия права,** отметил, что Разъяснения «Об отдельных вопросах анализа состояния конкуренции» дали ответы на два глобальных вопроса.

Первый вопрос важен с практической точки зрения: ФАС России должна учитывать мнения хозяйствующих субъектов.

Второй важный вопрос касается объема анализа состояния конкуренции на товарном рынке. Как известно, в Законе о защите конкуренции появилась ч. 5.1 ст. 45 и ст. 45.1, которые устанавливают обязательность проведения анализа по всем правонарушениям. Одновременно Приказ предусматривает особенности проведения анализа по отдельным статьям. В этой связи часто возникает вопрос достаточности объема анализа по делу для принятия решения антимонопольным органом. ФАС России пришла к мнению, что Приказ предусматривает минимальный объем анализа состояния конкуренции на товарном рынке. Однако в случае необходимости антимонопольный орган вправе проводить более детальный анализ.

В конце своего выступления Алексей обратился к модератору сессии **Артему Молчанову, начальнику правового управления ФАС России,** с вопросом о необходимости поправок к законодательству для анализа цифровых рынков. А. Молчанов ответил, что поддерживает

решение рабочей группы не включать в текст Разъяснений раздел о цифровых рынках. По его мнению, такие действия преждевременны. Сейчас в первую очередь необходимы изменения Закона о защите конкуренции в части действия и функционирования многосторонних товарных рынков, особого статуса рыночной власти, возникающей на цифровых рынках, в области положения цифровых платформ и их владельцев и понимания сетевого эффекта как качественного эффекта.

**Екатерина Горшкова**, *руководитель антимонопольного направления компании Сибур*, отметила, что при подготовке Разъяснений Приказа излишнего креатива удалось избежать, но при этом было обращено внимание ФАС России на такой важный аспект, как опрос потребителей. «Ведь на его основе, — подчеркнула Екатерина, — выстраивается первоначальное мнение. И важно не просто опрашивать потребителей, но и ранжировать их ответы».

**Елена Соколовская**, *руководитель антимонопольной практики Пепеляев Групп*, начала свое выступление по теме «Ценовые алгоритмы: когда допустимы, а в каких случаях вредоносны для конкуренции? Что говорит, зарубежная практика и какие новые инструменты регулирования предлагает пятый пакет?» с рассмотрения видов ценовых алгоритмов, выделяя алгоритмы мониторинга, веерные алгоритмы и алгоритм «предсказуемый агент».

Елена рассказала о зарубежном опыте рассмотрения дел о правонарушениях с использованием ценовых алгоритмов, привела сравнение дела Uber в США и дела такси, рассмотренного Рязанским УФАС России.

Завершила первую сессию дискуссия «Влияния пятого антимонопольного пакета на деятельность интернет-компаний», ее открыла *советник Dentons Радмила Никитина*.

Она остановилась на двух расследованиях в отношении Facebook и пояснила, что пользовательское



Руслан Ибрагимов, Вице-президент по корпоративным и правовым вопросам МТС, член Правления ОКЮР; Артем Молчанов, начальник правового управления ФАС России; Екатерина Горшкова, руководитель антимонопольного направления компании Сибур; Иван Антипов, руководитель направления правового департамента Юнилевер Россия и СНГ; Елена Войниканис, руководитель экспертного направления ОКЮР; Роман Крупенин, руководитель отдела юридического департамента Яндекс; Елена Кузнецова, руководитель антимонопольной практики Инфралекс; Виктор Топадзе, директор по юридическим вопросам Avito; Александра Нестеренко; Елена Соколовская, руководитель антимонопольной практики Пепеляев Групп; Алексей Костоваров, советник практики по разрешению споров и банкротству, руководитель практики антимонопольного права и закупок Линия права; Радмила Никитина, советник Dentons; Анна Бахаева, старший юрист Bryan Cave Leighton Paisner (Russia) LLP; Ольга Оленькина, Руководитель направления, Правовой департамент Сбербанка

«Кто борется, может проиграть, кто не борется, тот уже проиграл»



Сергей Пузыревский, заместитель руководителя ФАС России

соглашение с Фейсбуком предусматривает автоматическое согласие потребителя на сбор и агрегирование на специальном аккаунте его персональных данных, собранных не только на самом Фейсбуке и на принадлежащих Фейсбуку приложениях, но также на сторонних сайтах и приложениях. Собранную информацию о пользователе Фейсбук объединяет с его профилем и продает компаниям, которые, исходя из этих данных, адаптируют рекламу под конкретного потребителя.

По словам спикера, рассматривая это дело, немецкий антимонопольный орган пришел к выводу, что Фейсбук занимает доминирующее положение на рынке социальных сетей, а применяемая компанией практика по сбору и агрегированию информации является злоупотреблением доминирующим положением. Говоря о втором деле Фейсбука, Радмила пояснила, что итальянский антимонопольный орган пошел не по модели злоупотребления доминирующим положением, а по модели закона о защите прав потребителей.

Эти два кейса дают нам интересную развилку, которая есть и у российских регуляторов: антимонопольное законодательство с колоссальными «оборотными штрафами» и Закон о защите прав потребителей с более мягким регулированием.

Радмила задала вопрос **Виктору Топадзе, директору по юридическим вопросам Avito**, о том, насколько понятие цифровой платформы, сформулированное в пятом антимонопольном пакете, представляется ему полным и достаточным?

Виктор подчеркнул, что вышеуказанный кейс является лакмусовой бумажкой готовности нашего законодателя и регулятора к новым реалиям. Пятый пакет и был направлен на создание нового инструментария.

Виктор скептически оценил цифровую составляющую пятого антимонопольного пакета и сделал вывод о том, что имеет смысл продолжить дискуссию в отношении определений, касающихся цифровой экономики, и не топиться с принятием законопроекта в этой части.

Далее вопросы были адресованы **Роману Крупнину, руководителю отдела юридического департамента Яндекса**.

Вопрос заключался в том, насколько нынешний пятый пакет и подход немецкого регулятора учитывают модель бизнес-платформ, при том условии, что на одном рынке субъект не зарабатывает.

Роман подчеркнул, что имеются вопросы к определению продуктовых границ, а также к обоснованию связи между доминированием и установленным фактом нарушения и с точки зрения решения вопросов о соотношении big data и доминирования.

Говоря об определении цифровой платформы, Роман согласился, что, с одной стороны, оно является достаточно узким и его можно было бы расширить и учесть все многосторонние рынки, но, с другой стороны, итерационный процесс развития антимонопольного законодательства имеет свои преимущества.

Вторая сессия включала вопросы политики и практики применения антимонопольного законодательства. **Сергей Пузыревский, заместитель руководителя ФАС России**, выступил с темой «Реализация Национального плана по развитию конкуренции». Национальный план по развитию конкуренции был утвержден 21 декабря 2017 г. Президентом РФ.

С. Пузыревский отметил, что на данный момент не закончена дискуссия по Стандарту развития конкуренции, однако по результатам длительных дискуссий Проект был внесен в Правительство Российской Федерации.

Спикер подвел итоги достигнутого за 2018 г. и привел ключевые показатели в различных сферах. Так, количество нарушений антимонопольного законодательства со стороны органов власти снизилось на 14%.

Были приняты «дорожная карта» по развитию конкуренции на 2018—2020 гг. в отраслях экономики Российской Федерации и «дорожная карта» по развитию конкуренции на 2018—2020 гг. в здравоохранении. Также были утверждены правила недискриминационного доступа на рынок услуг общедоступной почтовой связи и к услугам естественных монополий в портах.

Спикер подробно рассказал о законопроектной работе антимонопольного органа.

**Андрей Кашеваров, заместитель руководителя ФАС России**, отметил значимость содействия ОКЮР, позволяющего формировать правоприменительную практику. Тема выступления была заявлена как «Новая инициатива ОКЮР по борьбе с паразитическими брендами. ФАС России запросит заключение ОКЮР при рассмотрении антимонопольных дел о нарушении положений ч. 2 ст. 14.6 Закона о защите конкуренции».



Александр Викторов, советник, руководитель практики антимонопольного права и защиты конкуренции Freshfields Bruckhaus Deringer; Василий Маковкин, советник ЕУ; Алексей Сушкевич, директор Департамента антимонопольного регулирования Евразийской экономической комиссии; Александра Нестеренко; Оксана Гаврилюк, руководитель группы, Промсвязьбанк; Татьяна Мачкова, Генеральный директор Сбер Лигал; Екатерина Горшкова

Спикер рассказал о психологии потребителя при выборе товаров, особенно в условиях ограниченного времени, и о том, как производители используют указанную информацию.

Спикер сообщил о подписании ФАС России и ОКЮР Дополнительного соглашения к Соглашению о взаимодействии ФАС России и ОКЮР. Эксперты ОКЮР будут предоставлять заключения о наличии копирования или имитации между товарами, являющимися предметом рассмотрения дел в ФАС России, руководствуясь разработанными ими «Методическими рекомендациями по определению сходства элементов, индивидуализирующих товары, согласно ч. 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции».

Продолжил тему **Иван Антипов, руководитель направления юридического департамента Юнилевер Русь**.

Он рассказал, сколько времени в среднем тратит потребитель на выбор товара и чем он при этом руководствуется. Перечислил факторы роста количества паразитических товаров и подчеркнул, что в случае с «паразитической» конкуренцией помимо ущерба до-

бросовестному производителю есть риск причинения вреда здоровью потребителей.

Принятые Методические рекомендации установили четкие критерии по оценке схожести товаров и, по мнению Ивана, помогут защитить добросовестных производителей и потребителей, а также улучшить состояние конкуренции на рынке.

«Оптимизация антимонопольного направления в работе юриста: как упростить подготовку ответов на запросы ФАС России, составление ходатайств и раскрытие информации?» — тема доклада **Василия Маковкина, советника ЕУ**. Василий представил коллегам взгляд из бизнеса и рассказал, сколько времени требуется юристу, работающему в сфере антимонопольного регулирования, на выполнение всех задач. Он заметил, что подготовка ответов на запросы информации ФАС России, направляемые хозяйствующим субъектам, вызывает излишние трудозатраты.

По мнению спикера, иногда работа не требует юридической экспертизы, при этом автоматизация некоторых процессов, формирование единых стандартов и использование IT-решений позволили бы сократить время работы юристов.

«Кто борется, может проиграть, кто не борется, тот уже проиграл»

Темой выступления **Александра Викторова**, *советника, руководителя практики антимонопольного права и защиты конкуренции Freshfields Bruckhaus Deringer*, была «Non-Compete в договоре — можно ли отказываться от конкуренции?».

По мнению юриста, включение условий об отказе от конкуренции в договор в определенных ситуациях допустимо, однако представляет собой определенный риск для сторон договора. Позиция ФАС России, по опыту Александра, заключается в том, что допустимость таких условий зависит от конкретных обстоятельств, но чаще всего их включение является все же недопустимым. При этом стороны договора вправе обратиться в антимонопольный орган в соответствии со ст. 35 Закона о защите конкуренции для оценки договора на предмет допустимости.

Подводя итоги своего выступления, Александр озвучил просьбу к ФАС России внести большую ясность по вопросу допустимости условий об отказе от конкуренции в контексте сделок купли-продажи бизнеса.

**Алексей Сушкевич**, *директор Департамента антимонопольного регулирования Евразийской экономической комиссии*, выступил с презентацией «Что интересного в сфере защиты конкуренции на трансграничных рынках ЕАЭС».

Спикер рассказал о ключевых различиях регулирования ЕАЭС и российского регулирования, а также заметил, что в 2018 г. Евразийской экономической комиссией было рассмотрено 27 заявлений, по 7 заявлениям были назначены расследования, 2 заявления были переданы по подведомственности в национальные антимонопольные органы государств — членов Союза в связи с отсутствием компетенции ЕЭК. Всего в 2018 г. ЕЭК было рассмотрено 5 дел, среди них в том числе дела, перешедшие с 2016—2017 гг.

Спикер рассказал об институте предложений о добровольном восстановлении конкуренции на территории трансграничных рынков.

В завершение Александра Нестеренко поблагодарила всех присутствующих, в первую очередь спикеров и модераторов круглого стола, за содержательную дискуссию. Президент ОКЮР выразила уверенность, что участники получили ответы на все интересующие их вопросы и мероприятие было для них полезным. ■

*Релиз подготовлен Ириной Витушинской, младшим юристом антимонопольной практики, Марией Бардиной, помощником юриста антимонопольной практики BRYAN CAVE LEIGHTON PAISNER (RUSSIA) LLP и пресс-службой ОКЮР*