

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2021

Диалог членов ОКЮР с ФАС России об антимонопольном регулировании

Dialogue of Members of the Association of Corporate Lawyers of Russia with the FAS Russia on Antitrust Regulation

25 июня 2021 г. в Москве состоялась традиционная встреча на круглом столе Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Объединение Корпоративных Юристов» (ОКЮР) из цикла «Диалог с властью», на которой тенденции антимонопольного регулирования в цифровую эпоху с членами ОКЮР обсудили: **Андрей Кашеваров — заместитель руководителя ФАС России, Елена Заева — начальник Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России, Артем Молчанов — начальник Правового управления ФАС России, Антон Тесленко — заместитель начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России.**

Модераторами круглого стола выступил **Николай Вознесенский, партнер, руководитель антимонопольной практики Bryan Cave Leighton Paisner (Russia) LLP, и Александра Нестеренко, президент Ассоциации «НП «ОКЮР».**

Начиная круглый стол с темы решений, предписаний и предупреждений ФАС России на «цифровых рынках», **Николай Вознесенский** отметил, что за последний год количество антимонопольных нарушений в данной сфере значительно выросло, привлекая к себе внимание и вызывая интерес не только у антимонопольного ведомства, но и у широкого круга экспертов. В качестве примера Н. Вознесенский упомянул о деле Booking.com, задавая вопрос представителям ФАС России о том, как строилась логика регулятора в решениях о выдаче двух предупреждений с разницей в один год: о прекращении действий широкого, а затем узкого паритета цен.

Елена Заева подчеркнула, что ФАС России руководствуется принципом «не лезть в фарфоровую лавку, как слон», чтобы не нарушить права потребителя и не создать такие условия, при которых функционирование цифрового рынка будет настолько осложнено, что его участникам будет легче его прекратить. Обратившись к зарубежному опыту, можно увидеть отсутствие негативных последствий при отмене узкого паритета как для отелей, так и для потребителей.

Конкуренция онлайн- и офлайн-рынков, при которой онлайн-рынки предоставляют аналогичные услуги потребителям, не неся затрат офлайн-компаний на добычу и разработку продукции, Елена Заева пояснила, что с точки зрения конкуренции это является положительной тенденцией, поскольку у потребителей появляется больше возможностей приобретения товара.

Также спикер подчеркнула, что вопрос регулирования цифрового рынка находится на стадии обсуждения, но практика показывает, что прямое жесткое регулирование не является панацеей. Необходимо в первую очередь руководствоваться положительной практикой применения «принципа сетевой нейтральности».



Спикеры и участники круглого стола



Елена Александровна Заева, начальник Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России

Виталий Дианов, партнер антимонопольной практики Bryan Cave Leighton Paisner (Russia) LLP, обращаясь к спикеру, задал вопрос относительно оценки ранее данного согласования сделки между Яндекс и Uber с учетом последующей концентрации рынка такси и вопросов к качеству услуг на нем. Елена Заева высказалась о достижении поставленных задач при согласовании: первоственной целью одобрения было убрать барьеры входа на рынок, под которыми в том числе понимался демпинг, дальнейшее развитие рынка было уже вне контроля регулятора.

Переходя к делу о нарушении Apple Inc. антимонопольного законодательства, Н. Вознесенский поинтересовался, насколько похоже оно было с делом Microsoft, а также насколько типично данное правонарушение на цифровых рынках.

Елена Заева отметила, что предоставление преимуществ собственным продуктам или введение запрета на доступ к инфраструктуре является одним из самых распространенных антимонопольных нарушений. При этом, действительно, дела Apple Inc. и Microsoft очень схожи по существу правонарушения, но не по их способам. Отличие заключается в инструментах. При этом Е. Заева отметила, что у антимонопольной службы возникали определенные сложности при определении

и выявлении всех действий компании, которые в совокупности нарушили закон. Постепенные, поэтапные ограничения, введенные Apple Inc., привели к тому, что только их собственное приложение соответствовало всем заданным алгоритмам. Также докладчик обратил внимание, что изначально при определении границ рынка ФАС России очертила его максимально широко — как совокупность операционных систем, где могут функционировать мобильные приложения. Но при опросе разработчиков было выявлено, что каждая операционная система должна быть проанализирована отдельно.

Возвращаясь к моменту опроса разработчиков и предпринимателей, Н. Вознесенский заметил, что существует гипотеза о том, что опрашиваемые могут быть заинтересованы отвечать определенным удобным для них образом. В связи с этим существует ли критический элемент у регулятора при оценке таких ответов? Елена Заева ответила, что компании в первую очередь заинтересованы в сохранении положительных отношений с субъектом, занимающим доминирующее положение.

При обсуждении вынесения предупреждения компании Яндекс Н. Вознесенский коснулся вопроса оспаривания приказа ФАС России о возбуждении антимонопольного дела с целью вернуться на этап исполнения предупреждения, продления сроков исполнения предупреждения, которое и так было установлено в 1 месяц, что является достаточно стандартным шагом в отношении нарушителя. В связи с этим как ФАС России подходила к расчету этого срока? И придется ли какое-то значение тому факту, что Яндекс начал менять политику в отношении поисковой системы, и, возможно, в связи с этим ему требовалось дать больше времени на исполнение?

Елена Заева пояснила, что при установлении срока исполнения предписания или предупреждения антимонопольная служба с помощью анализа внутренних документов компании определяет период осуществления действий, которые необходимо предотвратить. Исходя из данного срока применяют презумпцию, что необходимо определить такое же время на предотвращение. При отсутствии таких оснований прибегают к обычаям делового оборота. При этом если субъект высказывает желание о продлении срока исполнения и может предоставить документы, подтверждающие определенную стадию исполнения предупреждения, и из этих доказательств вытекает конкретный срок завершения исполнения, то срок будет продлен.

Н. Вознесенский отметил, что в деле Яндекса были установлены промежуточные сроки в 10 дней при сроке в 1 месяц. Почему было важно их установить?

Елена Заева, подтверждая, что промежуточные сроки на практике применялись впервые, обосновывает данный шаг необходимостью обладанием определен-



Николай Вознесенский, партнер, руководитель антимонопольной практики Bryan Cave Leighton Paisner Russia (панель в России Goltsblat BLP)

ных инструментов с целью оперативного реагирования на возможные негативные последствия, возникающие на рынке.

Переходя к теме новых методов выявления и доказывания антиконкурентных соглашений в условиях цифровой экономики, Н. Вознесенский, обращаясь к **Антону Тесленко**, задался вопросом, что принесла цифровая экономика в борьбу с картелями и как управление с картелями использует новые возможности.

Антон Тесленко обратил внимание, что борьба с картелями продолжает оставаться актуальной и по сегодняшний день, что подтверждается не только практикой, но и множеством НПА, регламентирующих работу профильного управления, при этом одной из задач управления является в том числе развитие цифровых методов управления с антиконкурентными соглашениями. При этом каждый год схемы реализации данных соглашений меняются, внося больше новшеств, что и привело к пониманию того, что антимонопольный орган обязан на них оперативно реагировать. Эта необходимость и привела к созданию проекта «Большой цифровой кот». Проект включает в себя несколько направлений, таких как создание скринингового сервиса, поиск цифровых средств для анализа товарных рынков, автоматизация работы по выявлению и доказыванию картелей, а также расширение перечня доказательственной информации и формирования судебной практики. Пока происходит разработка скринингового сервиса, работа



Антон Тесленко, заместитель начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России

управления не может останавливаться и в ней используется достаточно большое количество информационных экосистем.

Некоторые вопросы возникают и при доказывании антимонопольных нарушений в тех случаях, когда участниками сговоров используются цифровые способы сокрытия следов правонарушений, например, VPN-сервисы, однако в ФАС России, в том числе при участии экспертов, стараются понять и проанализировать данные случаи. Также А. Тесленко отметил, что некоторые результаты проделанной работы публикуются в формате методических материалов, разъяснений и статей, в том числе на официальном сайте антимонопольной службы, для ознакомления. Перечень цифровых доказательств также расширяется, например, в одном из дел Мордовское УФАС использовало графические снимки со спутниковой карты; брали на вооружение тас-адреса конкретных устройств; в практике появляются дела, где в качестве доказательств используется информация из социальных сетей, при этом расширяется и перечень цифровых инструментов, которые применяются в самом начале расследований в целях определения направления расследования.

Что касается АИС «АнтиКартель», перед регулятором ставятся несколько важных задач, таких как системный анализ огромного массива данных, как открытых, так и закрытых; налаживание межведомственного сотрудничества; фиксация доказательств; формирование до-

кументов. Докладчик обратил внимание, что программа направлена только на сбор и оцифровку данных, выводы будут делаться сотрудниками ФАС России.

На сегодняшний день при участии экспертов уже разработана математическая модель анализа, кластеризации и индексации больших данных, содержащихся в Единой информационной системе и закрытой части электронных торговых площадок, в целях оценки вероятности заключения хозяйствующими субъектами — участниками торгов антиконкурентного соглашения. В ближайшее время планируется внедрение этой модели в разрабатываемый скрининговый сервис антимонопольного органа.

При обсуждении темы параллельного импорта были затронуты вопросы возможности создания механизмов возмещения параллельными импортерами соразмерных маркетинговых и прочих расходов на продвижение, развитие, обслуживание товара. **Андрей Кашеваров** в своем выступлении подчеркнул, что основные расходы несет производитель. Также спикер затронул несколько аспектов, к которым часто прибегают субъекты, выступающие против параллельного импорта. Одним из таких аспектов является негативное влияние на инвестиционную деятельность, но докладчик подчеркивает, что данный шаг только способствует стимулированию инвестиций в Российскую Федерацию, поскольку послужит привлечению к открытию производства на территории страны.



Андрей Кашеваров, заместитель руководителя ФАС России



Артем Молчанов, начальник Правового управления ФАС России

На гипотезу о возрождении контрафактной продукции в связи с политикой разрешения параллельного импорта А. Кашеваров возразил наличием механизма детального таможенного регулирования посредством ввоза продукции исключительно через таможенные склады, продукция в обход которых будет считаться контрафактной. Спикер акцентировал, что гарантийное обслуживание, в случае отсутствия на территории РФ гарантийных мастерских и представителей производителей, будет осуществляться продавцами. Отвечая на вопрос о возможности распространения аналогичных принципов и позиций, которые были отражены антимонопольным органом в делах Daimler A.G и KYB Corporation, на рынке лекарственных препаратов, докладчик отметил, что регуляторные требования к обороту таких товаров, скорее всего, сами по себе затрудняют параллельный импорт, поэтому на данном этапе аналогичные дела в этой отрасли не ожидаются.

Александра Нестеренко отметила, что для членов ОКЮР существенную проблему представляет нынешний подход ФАС России к проблеме так называемых двойных стандартов.

По мнению членов ОКЮР, с точки зрения Закона о защите конкуренции практика двойных стандартов может рассматриваться как недобросовестная конкуренция пу-

тем введения в заблуждение потребителей, если одновременно выполняются следующие два условия.

1. Производитель очевидным образом позиционирует свою продукцию для российского рынка как аналогичную с точки зрения качественных характеристик иностранной продукции под тем же брендом. Это может быть, например, нанесение на упаковку продукции или использование в рекламе прилагательных, характеризующих иностранный стандарт качества, применяемый при производстве продукции (например, «швейцарское качество»).

2. В действительности указанные качественные характеристики российской продукции по отношению к иностранной под тем же брендом отличаются именно в худшую сторону.

В других случаях, когда производитель не формирует ложных ожиданий, а российская продукция международных производителей отличается от аналогичной иностранной продукции по отдельным качественным характеристикам, состава нарушения нет, заключила Александра Нестеренко.

Артем Молчанов при рассмотрении вопросов регулирования и практики антимонопольного комплаенса отметил, что данный институт является добровольным,



Александра Нестеренко, президент Ассоциации «НП «ОКЮР»

его концепция предполагает смягчение ответственности нарушившего субъекта в том случае, если такой субъект предпринимает меры по внедрению и реализации эффективного комплаенса.

Путь, связанный с освобождением от ответственности, с «комплаенс-индальгенциями», является неверным выбором, поскольку меняются рынки, законодательство, практики, подходы, может меняться толкование законодательства, а принятый и согласованный с антимонопольным регулятором единожды комплаенс не сможет учесть все эти факторы.

Также спикер напомнил, что у субъектов, пострадавших от действий доминанта, есть возможность обращения и к судебным органам, что подчеркивается в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2.

Докладчик отметил, что часто причиной решения об отказе в одобрении антимонопольного комплаенса является отсутствие соблюдения формы и содержания, закрепленных в ст. 9.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», и подчеркнул, что хозяйствующий субъект в случае возникновения вопросов в ходе разработки системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства может обратиться в ФАС России до официальной подачи документа.

Также А. Молчанов напомнил, что на данный момент антимонопольный комплаенс не указан в качестве смягчающего обстоятельства в ст. 4.2 КОАП РФ, однако статья содержит ряд условий, которые в определенной степени могут быть уже сейчас реализованы, если работает система антимонопольного комплаенса. Докладчик обратил внимание, что перечень смягчающих обстоятельств правильнее определить отдельно в качестве самостоятельного смягчающего обстоятельства.

Он сообщил, что ФАС России совместно с членами ОКЮР проработала поправку в КоАП об условиях снижения ответственности за комплаенс.

В заключение докладчик сообщил, что проведенная работа — это лишь первый шаг, но его недостаточно, необходимы дополнительные механизмы стимулирования внедрения и развития данного механизма, которыми должен стать не только готовящийся проект разъяснений об организации антимонопольного комплаенса, а сама концепция данного института должна функционировать на принципах саморегулирования, а не государственного принуждения. ■

Пресс-релиз подготовлен Глебом Киселевым, стажером, Bryan Cave Leighton Paisner Russia (ранее в России Goltsblat BLP) и пресс-службой ОКЮР