

Антимонопольный форум Объединения Корпоративных Юристов и Федеральной антимонопольной службы

«В ногу со временем: антимонопольное законодательство и цифровая экономика»

16 марта 2018 г. состоялся ежегодный Антимонопольный форум ОКЮР под названием **«В ногу со временем: антимонопольное законодательство и цифровая экономика»**, организованный совместно с ФАС России. В этом году на форуме был рассмотрен широкий круг актуальных вопросов антимонопольного регулирования, а главными темами форума стали влияние цифровых технологий на антимонопольное право и практику, поправки в законодательство и работа над разъяснениями, Национальный план развития конкуренции, а также вопросы антимонопольного правоприменения на уровне ЕАЭС.

В приветственном слове Александра Нестеренко, президент ОКЮР, обратила внимание на представительный состав участников и спикеров форума, среди которых руководство ФАС России, представители ЕЭК, ряда ведущих юридических фирм.

Первую сессию форума, посвященную новым целям и задачам антимонопольного регулирования, открыл Андрей Цыганов, заместитель руководителя ФАС России. Он рассказал, что сейчас на стадии разработки находятся несколько проектов изменений в антимонопольное законодательство, и отметил, что работа над поправками сознательно ведется в рамках нескольких законопроектов: все законопроекты имеют разные задачи и степень разработки. Связано это с тем, что гораздо эффективнее работать над изменениями законодательства и вести профессиональную дискуссию по узко определенным направлениям.

А. Цыганов рассказал о состоявшихся мероприятиях ФАС России, посвященных антимонопольному регулированию в цифровой экономике, а также о предстоящих событиях, в частности, Петербургском Международном Юридическом Форуме 15—19 мая, на котором целый трек мероприятий был посвящен антимонопольному регулированию и в первую очередь цифровой экономике.

Заместитель руководителя ФАС России выделил три направления рассмотрения вопроса антимонопольного регулирования в цифровую эпоху. **Первое** — это деятельность хозяйствующих субъектов в особых отраслях, вовлеченных в производство товаров в цифровой экономике. Как показала практика ФАС России, в этих отраслях возможны и происходят специфические нарушения (например, дело Google). Это приводит к необходимости нового прочтения закона, применения новых подходов к анализу рынка, оценке действий по использованию интеллектуальных прав. **Второе направление** — использование хозяйствующими субъектами новых технологий продвижения товаров (онлайн-торговля, онлайн-сделки), а также влияние новых технологий на устройство рынка. Даже в традиционных отраслях новые техноло-



Александра Нестеренко, президент Ассоциации «НП «ОКЮР»; Андрей Цыганов, заместитель руководителя ФАС России; Артем Молчанов, начальник Правового управления ФАС России; Николай Вознесенский, партнер, руководитель антимонопольной практики Goltsblat BLP

гии приводят к значительным изменениям структуры рынка. Отсюда появляется необходимость пересмотра антимонопольных подходов к анализу рынка и квалификации нарушений. *Третье направление* — практическая деятельность ФАС России, которая также нуждается в технологиях и инструментах цифровой эпохи, в частности, в связи с необходимостью работы с большими объемами информации и, например, выявлением картелей на электронных торгах. По словам А. Цыганова, ФАС России ведет работу по всем этим направлениям, и уже можно говорить о первых и серьезных результатах такой работы.

Однако, отметил представитель ведомства, без внесения изменений в антимонопольное законодательство некоторые из инициатив ФАС России, касающихся цифровой экономики, трудно будет воплотить в жизнь. В декабре 2017 г. Председателем Правительства Российской Федерации был утвержден план мероприятий по основным направлениям программы «Цифровая экономика в России», который предусматривает внесение изменений в антимонопольное законодательство для адаптации его к потребностям цифровой экономики. От ФАС России ожидается, в частности, уточнение терминологии, выработка подходов к рассмотрению дел о нарушениях с использованием цифровых алгоритмов и платформ, определение правил контроля экономической концентрации на цифровых рынках, выявление типовых случаев злоупотребления правами на результаты интеллектуальной деятельности.

Разработанный ФАС России пятый антимонопольный пакет (условно — «цифровой пакет») — это пакет поправок, реагирующий на изменения, связанные с внедрением в экономику цифровых технологий. А. Цыганов сообщил, что пакет был рассмотрен на Президиуме ФАС России и проходит обсуждение в профессиональных объединениях, в частности, на площадках ОКЮР и Ассоциации антимонопольных экспертов. А. Цыганов упомянул, что, по его мнению, работа над «цифровым пакетом» займет не меньше двух лет — столь сложный проект изменений не будет составляться «на коленке» и наспех вноситься в законодательный орган без серьезного обсуждения. Ключевые элементы законопроекта — внесение новых понятий (сетевые эффекты, ценовые алгоритмы, доверенное лицо), изменение понятия соглашения, в сфере экономической концентрации — установление критерия объема сделки как основание контроля, выдача предписания о предоставлении доступа к данным и др. А. Цыганов подчеркнул, что понятие «ценовой алгоритм» не несет в себе заведомо отрицательной коннотации. Включение данного понятия в закон не означает запрета использования ценовых алгоритмов, законопроект предусматривает только запрет на их использование для совершения нарушения. Предлагаемые изменения, по его словам, не меняют принципиально предмет, составы, процедуры, существующие в антимонопольном законодательстве.

В завершение выступления А. Цыганов ответил на вопросы участников форума, в частности о том, почему действующего регулирования недостаточно для эффективного правоприменения в условиях цифровой экономики, отметив необходимость совместной работы профессионального сообщества над совершенствованием или изменением сформулированных ФАС России подходов и терминологии.

Андрей Тенишев, начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России, рассказал участникам форума о предложениях ФАС России по расширению полномочий при проведении проверок, изменениях в УК РФ, УПК РФ и законодательство об оперативно-розыскной деятельности. Свое выступление он начал со статистики рассмотренных антимонопольных дел о картелях, отметив, что с каждым годом картелей выявляется все больше, однако эти данные не отражают действительного уровня картелизации экономики. А. Тенишев сообщил, что сейчас картели могут включать десятки участников и охватывать сотни аукционов. При этом число уголовных дел по-прежнему остается небольшим, что явилось одной из главных причин для начала работы над проектами изменений.

Планируется, в частности, привести в соответствие понятия картеля, используемые в УК РФ и Законе о защите конкуренции, увеличить вдвое размеры крупного и особо крупного дохода и ущерба, изменить условия освобождения от ответственности лица, добровольно заявившего о картеле (ограничить требование о возмещении ущерба размером ущерба, причиненного лицом, обратившимся с заявлени-

ем о картеле), установить обособленную в отдельной норме уголовную ответственность за картель на торгах, соглашения между организаторами торгов, заказчиками торгов и их участниками, предусмотреть повышенную ответственность для руководителей, членов совета директоров, членов организованных групп и др. А. Тенишев также рассказал о планируемых изменениях УПК РФ, Закона об оперативно-розыскной деятельности в части введения альтернативной подследственности по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных по ст. 178 УК, предоставления ФАС России возможности получать результаты ОРД, проводить выемку документов, получать данные об абонентах услуг связи и др.

Проблемы анализа состояния конкуренции на товарных рынках и проект соответствующих разъяснений ФАС России в формате дискуссии обсудили Артем Молчанов, начальник Правового управления ФАС России, и Алексей Костоваров, руководитель практики антимонопольного права и закупок Линии Права. А. Молчанов отметил успешный опыт совместной работы над подобными разъяснениями (о применении ст. 10 Закона о защите конкуренции и соотношении ст. 14.31 и 9.21 КоАП РФ). В ходе дискуссии спикеры обсудили вопрос о необходимости разработки разъяснений о порядке анализа рынка на основании Приказа ФАС России № 220 и разработанные методические рекомендации. В частности, обсуждались необходимость уточнения процедурных вопросов, проблема объема анализа рынка и пределы усмотрения ФАС России в этом вопросе, проблема



Андрей Тенишев, начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России; Александра Нестеренко, президент Ассоциации «НП «ОКЮР»



Дмитрий Марченко, руководитель отдела правового сопровождения коммерческой деятельности, Яндекс; Артем Молчанов, начальник Правового управления ФАС России; Елена Войниканис, ведущий эксперт Ассоциации «НП «ОКЮР»; Алексей Костоваров, руководитель практики антимонопольного права и закупок Линии Права; Александра Нестеренко; Дмитрий Артюшенко, заместитель начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России; Роман Крупенин, руководитель отдела правовой практики в сфере технологий, дистрибуции, слияний и поглощений, Яндекс; Николай Вознесенский, партнер, руководитель антимонопольной практики Goltsblat BLP; Артем Глущенко, руководитель направления, Яндекс; Сергей Кучушев, и.о. руководителя юридического департамента, Яндекс; Александр Муравин, старший юрист Goltsblat BLP

момента подготовки аналитического отчета, вопрос о необходимости разъяснения порядка проведения теста гипотетического монополиста, в том числе порядка проведения опросов, формирования выборки и составления вопросов и т.п. В заключение совместного выступления А. Молчанов согласился с А. Костоваровым в том, что неправильное проведение анализа состояния конкуренции может являться основанием для отмены решения антимонопольного органа. Присутствующие на конференции члены ОКЮР поддержали инициативу подготовки разъяснений по порядку проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках.

В продолжение темы о необходимости разъяснения вопросов применения антимонопольного законодательства Николай Вознесенский, партнер, руководитель антимонопольной практики Goltsblat BLP, рассказал участникам форума о проблемах установления коллективного доминирующего положения. Н. Вознесенский сообщил о совместной работе с ФАС России по разработке проекта разъяснений о привлечении

к ответственности коллективно доминирующих хозяйствующих субъектов. По его мнению, в настоящее время при установлении коллективного доминирования на практике доля хозяйствующего субъекта играет ключевую роль, в то время как исследованию реальной возможности субъекта влиять на рынок не уделяется должное внимание. В европейской практике, указал Н. Вознесенский, необходимо установить наличие единой (взаимосвязанной) стратегии субъектов, и нельзя делать вывод о нарушении, основываясь на анализе поведения только одного субъекта. Российским законодательством допускается, что нарушителем может стать каждый коллективно доминирующий субъект в отдельности вне зависимости от поведения других субъектов, однако при этом законодательство не исключает возможность изучения поведения других субъектов. На установление необходимости такого динамического анализа взаимосвязи поведения коллективно доминирующих субъектов и направлен проект разъяснений, указал Н. Вознесенский.



Алия Джумабаева, директор Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок ЕЭК; Анатолий Голомолзин, заместитель руководителя ФАС России; Николай Вознесенский; Александра Нестеренко, президент Ассоциации «НП «ОКЮР» Алексей Сушкевич, директор Департамента антимонопольного регулирования ЕЭК; Алексей Костоваров; Александр Муравин

Также предлагается разъяснить, что если на рынке действует единолично доминирующий субъект (например, с долей 60%), то не может быть установлено коллективное доминирование других субъектов (например, участника с долей 15%), а также разъяснить необходимость и порядок установления признаков доминирования, связанных с доступом к рынку, наличием заменителей, эластичностью спроса, прозрачностью информации.

Работа над проектом осложняется тем, что различные отраслевые управления ФАС России, как отметил Н. Вознесенский, имеют различающуюся практику установления коллективного доминирования и нарушений коллективно доминирующих субъектов. В завершение Н. Вознесенский пригласил всех заинтересованных в данном вопросе участников Форума к работе над соответствующим проектом разъяснений.

Вторую сессию форума, «Технологии и антимонопольное законодательство», открыл модератор сессии Анатолий Голомолзин, заместитель руководителя ФАС России. В начале своего выступления он отметил кардинальные изменения в составе ключевых игроков на мировых рынках — промышленных и сырьевых гигантов сместили цифровые гиганты. За последние 10 лет кардинально изменился список топ-10 мировых

лидеров — три компании вошли в первую тройку, такие как Apple, Google, Microsoft, в этом списке также Amazon и Facebook. Усиление позиций этих компаний на рынке возникло благодаря управлению большими базами данных, концентрации пулов прав интеллектуальной собственности, использованию экономики алгоритмов. Это характерно не только для игроков глобального рынка, аналогичные изменения касаются экономики в целом, товарных рынков в региональных, национальных или локальных границах, считает А. Голомолзин.

Антимонопольные органы должны уметь реагировать на изменившуюся ситуацию и соответствующим образом подстраивать антимонопольное законодательство, отметил представитель ведомства. Большинство компаний из числа цифровых гигантов получило доминирующее положение на рынке в результате сделок — слияний и приобретений, но антимонопольные органы мира оказались не готовы адекватно оценить и спрогнозировать появление и проявление у них рыночной власти. В том числе по причине неприспособленности антимонопольного законодательства ex-ante учитывать влияние происходящих технологических и экономических изменений, причем изменений в глобальном масштабе. Наряду с поправ-

ками в антимонопольное законодательство, устраняющими эти пробелы в процедурах контроля экономической концентрации, необходимо и принимать адекватные меры антимонопольного воздействия ex-post, в том числе в случае злоупотребления цифровыми гигантами доминирующим положением на рынке. Россия относится к числу немногих юрисдикций в мире, где были рассмотрены дела о нарушениях антимонопольного законодательства цифровыми гигантами, в том числе в отношении упомянутых Google, Microsoft, Apple. Практика применения антимонопольного законодательства потребовала учета особенностей высокотехнологических рынков, динамики происходящих на них изменений, причем не только в отношении продуктовой линейки, но и в отношении меняющейся структуры рынков. Новые подходы касались уточнения подходов к анализу рынков, а также содержания мер антимонопольного реагирования.

Поэтому неслучайно, подчеркнул Анатолий Голомолзин, что Указ Президента РФ от 21 декабря 2017 г. № 618 определил совершенствование антимонопольного регулирования в условиях развития цифровой экономики и ее глобализации в целях эффективного пресечения нарушений антимонопольного законодательства, носящих трансграничный характер, и повышения конкурентоспособности российских компаний на мировых рынках в качестве основополагающих принципов государственной политики по развитию конкуренции. В Указе № 618 выделено 13 секторов экономики, развитие конкуренции в которых имеет решающее влияние. Это те секторы, для которых ФАС России во взаимодействии с заинтересованными ведомствами и организациями систематически инициирует предложения по улучшению ситуации. Сектор телекоммуникаций и информационных технологий — один из них. При этом наши инициативы учитывают то обстоятельство, что цифровизация касается всех без исключения сфер экономической деятельности. Указ № 618 также предписывает федеральным и региональным органам исполнительной власти принимать дорожные карты по развитию конкуренции в этих и в других сферах экономики.

Сергей Пузыревский, заместитель руководителя ФАС России, рассказал о ключевых направлениях Национального плана по развитию конкуренции и целях и задачах ФАС России в свете принятия соответствующего Указа Президента Российской Федерации № 618, объявившего конкуренцию приоритетом в деятельности органов различного уровня власти. В частности, он отметил такие задачи, как исключение сфер экономической деятельности, в которых действует менее трех хозяйствующих субъектов, сокращение в два раза нарушений со стороны органов

власти (планируется, в частности, внедрение антимонопольного комплаенса в органах власти), развитие малого бизнеса (в т. ч. увеличение закупок у малого бизнеса) и др.

Он также отметил, что одним из вызовов является сфера тарифного регулирования (проблемы непосредственного регулирования, тарифной дискриминации), регулирование естественных монополий (необходимость сокращения сфер естественных монополий, установление прозрачного регулирования), деятельность ГУПов и МУПов.

С. Пузыревский также рассказал, что на рассмотрении Правительства РФ находится разработанный ФАС России законопроект, которым Правительству РФ будет предоставлено полномочие по выдаче разрешений на производство определенных товаров на определенный срок с соразмерным возмещением правообладателю. Он подчеркнул, что данное нововведение не является принудительной лицензией и представляет собой один из механизмов цивилизованной борьбы со злоупотреблениями, которым трудно противостоять, используя действующее законодательство.

Дмитрий Артюшенко, заместитель начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России, рассказал об использовании компьютерных программ в целях ценообразования и соответствующей практике ФАС России. Он отметил, что ценовые алгоритмы широко применяются на рынке и могут иметь различный функционал — мониторинг цен на рынке (сбор и анализ информации), автоматический расчет и установление цен (на основании пользовательских установок или данных, собранных о конкурентах), контроль над установлением цен (сравнение с рекомендованными, минимальными ценами). В использовании таких алгоритмов как таковых нет ничего незаконного, однако это создает определенные риски с точки зрения антимонопольного законодательства. Д. Артюшенко сообщил, что впервые использование ценовых алгоритмов с целью нарушения антимонопольного законодательства было установлено ФАС России в недавнем решении по делу компании LG, которая осуществляла незаконную координацию реселлеров, приведшую к установлению и поддержанию цен. Программное обеспечение компании осуществляло мониторинг цен, а также составляло отчеты об отклонении цен реселлеров от рекомендованных цен и направляло их менеджерам. Д. Артюшенко подчеркнул, что в данном деле использование алгоритмов само по себе не было признано нарушением законодательства, а рассматривалось как обстоятельство, способствующее дальнейшей незаконной координации реселлеров менеджерами компании.



Сергей Пузыревский, заместитель руководителя ФАС России; Александра Нестеренко; Анатолий Голомолзин, заместитель руководителя ФАС России

В продолжение темы ценовых алгоритмов Александр Муравин, старший юрист Goltsblat BLP, рассказал участникам форума о разработанном рабочей группой ОКЮР проекте рекомендаций о допустимых и недопустимых практиках использования вендорами, дистрибьюторами и реселлерами информационных технологий, в т. ч. ценовых алгоритмов. В настоящее время проект находится на рассмотрении Экспертного совета ФАС России. Рекомендации распространяются на сферу торговли непродовольственными товарами в сети Интернет. При их разработке была проанализирована и учтена европейская и иная международная практика, в частности документы ОЭСР и Европейской комиссии. К допустимым практикам, в частности, были отнесены мониторинг розничных цен, мониторинг соблюдения максимальной цены перепродажи, мониторинг соблюдения рекомендованных цен, коммуникации по результатам этих действий; к недопустимым, например, отнесен контроль за соблюдением минимальных цен. А. Муравин также высказал позицию о том, что Рекомендации разрабатывались как инструмент, способствующий саморегулированию отрасли: несмотря на отсутствие прямого регулирования использования ценовых алгоритмов, действующее законодательство может и не нуждаться в изменениях, в том числе связанных с квалификацией использования ценовых алгоритмов в качествеотягчающего обстоятельства. Действующие нормы являются достаточно гибкими для применения в условиях цифровой экономики и не препятствуют рассмотрению

дел, связанных с последствиями применения ценовых алгоритмов, антимонопольным органом. В рамках дискуссии участниками форума также была озвучена позиция о том, что в отсутствие достаточной практики и учитывая изменчивость современной экономики, формирование рекомендаций может оказаться преждевременным.

Обзор актуальной практики правоприменения ФАС России на высокотехнологичных рынках представила участникам форума Анастасия Тараданкина, партнер Коллегии адвокатов «Делькредере». В частности, она рассказала о громких антимонопольных делах, связанных с деятельностью таких компаний, как Google, Microsoft, Apple и LG, и провела обзор актуальных позиций ФАС России по вопросам, поднятым в этих делах: установление нарушения в связи с оказанием негативного воздействия на смежные рынки (дела Google, Microsoft и Apple), экстерриториальность применения Закона о защите конкуренции, пакетирование как незаконное связывание доминантом (дело Google), обстоятельства, подтверждающие незаконную координацию (дела Apple, LG).

Александр Викторов, советник, руководитель антимонопольной практики московского офиса Freshfields Bruckhaus Deringer, в своем выступлении на тему антимонопольного законодательства в области согласования сделок по экономической концентрации привел примеры не урегулированных законодательством вопросов, возникающих в контексте согласования определенных сделок (например, приобретение

на основании акционерного соглашения прав вето на решения, принимаемые органами управления российского общества, понятие взаимосвязанных сделок и др.). Наличие таких открытых вопросов создает излишнюю нагрузку как на бизнес, так и на ФАС России в связи с подачей ходатайств на согласование сделок, которые в случае ясности законодательства не требовали бы согласования. В завершение выступления А. Викторов отметил практическую востребованность страницы разъяснений на сайте ФАС России и призвал продолжать ее пополнение новыми ответами на открытые практические вопросы.

Марат Мурадов, партнер Dentons, в начале своего доклада, посвященного проблемам практики внедрения антимонопольного комплаенса и использования технологий, отметил, что широко обсуждаемый юридическим сообществом законопроект об антимонопольном комплаенсе так и не был принят. М. Мурадов поднял проблему создания в компаниях качественно — реально действующего и эффективного — антимонопольного комплаенса, не ограничивающегося принятием внутренних политик и проведением тренингов, которые в действительности могут не иметь никакого эффекта на уровень антимонопольных рисков в компании. М. Мурадов указал, что законопроект о комплаенсе дает некоторые формальные ориентиры для создания эффективно функционирующей комплаенс-системы. Кроме того, обращаясь к теме цифровой экономики, М. Мурадов упомянул меры автоматизации комплаенса, которые могут помочь в создании такой системы: аудит, согласования договоров, контроль закупок, персонализация действий сотрудников, проверка благонадежности контрагентов, мониторинг рисков и др. Спикер отметил, что, по его мнению, законодательное закрепление комплаенса (освобождение от ответственности за его внедрение) было бы преждевременным — сначала компании должны доказать, что созданные комплаенс-системы настолько качественны, что действительно позволяют компаниям управлять рисками и способны предотвращать нарушения.

Заключительная сессия Антимонопольного форума была посвящена вопросам антимонопольного регулирования и правоприменения Евразийской экономической комиссии (ЕЭК). В дискуссии приняли участие Алексей Сушкевич, директор Департамента антимонопольного регулирования ЕЭК, Алия Джумабаева, директор Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок ЕЭК, Анатолий Голомолзин, Антон Суббот, партнер Baker McKenzie.

Открывая данную сессию, А. Сушкевич представил обзор рассматриваемых в настоящее время заявле-

ний и дел о нарушениях на трансграничных рынках, а также оспариваемых решениях ЕЭК. В частности, он упомянул дела об установлении монопольно высоких цен на авиабилеты по маршрутам Армения — Россия, о ценовой дискриминации на рынке реализации трансформаторной стали (ПАО «НЛМК») и на рынке цельнокатаных колес (ОАО «Евраз Холдинг»), недобросовестной конкуренции в форме распространения ложной информации («Уральская станкопромышленная компания»), координации экономической деятельности на рынке реализации пневматических шин (ООО «Торговый дом «Кама») и т. д. А. Сушкевич напомнил, что вся информация о правоприменительной практике ЕЭК доступна в сети Интернет, и отметил, что соответствующий годовой отчет о деятельности ЕЭК в 2017 г. также будет в скором времени опубликован. Также он рассказал о работе ЕЭК по внедрению модели риск-ориентированного подхода как основания для инициативной деятельности ЕЭК по выявлению нарушений и проведению расследований.

А. Джумабаева рассказала о деятельности в сфере совершенствования антимонопольного регулирования ЕАЭС, осуществляемой Департаментом конкурентной политики и политики в области государственных закупок ЕЭК. В частности, она отметила работу по внесению изменений в правовые акты ЕАЭС институтов превентивного антимонопольного контроля — предостережения и предупреждения. Предполагается, что данные институты будут аналогичны соответствующим институтам, действующим в российском антимонопольном законодательстве. А. Джумабаева также отметила, что ЕЭК поддерживает инициативы о совершенствовании правового регулирования в ЕАЭС, и представителям профессионального сообщества следует обращаться с соответствующими предложениями в национальные антимонопольные органы, которые смогут довести данные предложения до ЕЭК, привлечь инициаторов к участию в заседаниях на стороне Российской Федерации. В завершение выступления А. Джумабаева рассказала о планируемых ЕЭК образовательных и просветительских мероприятиях, призванных повысить осведомленность об антимонопольном праве ЕАЭС, и отметила, что ЕЭК ожидает предложений от профессиональных объединений и представителей бизнеса о тематике подобных мероприятий.

Закрывая Антимонопольный форум ОКЮР, А. Нестеренко в заключительном слове поблагодарила спикеров и участников Форума за плодотворную дискуссию. ■

*Объединение
Корпоративных Юристов*