

Круглый стол Ассоциации антимонопольных экспертов «Трансформация антимонопольного законодательства и правоприменительной практики в эпоху цифровой экономики» с практической игрой «Рассмотрение уголовного дела о картеле»

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2018

(15 мая 2018 г., Санкт-Петербург)

Ассоциация антимонопольных экспертов организовала и провела очередной круглый стол на тему: «Трансформация антимонопольного законодательства и правоприменительной практики в эпоху цифровой экономики».

Мероприятие состоялось 15 мая 2018 г. в преддверии Петербургского международного юридического форума.

В рамках круглого стола обсуждались перспективы развития антимонопольного законодательства в ответ на вызовы цифровой экономики, практические аспекты первых цифровых кейсов и сделок, а также пятый цифровой антимонопольный пакет.

Приветственное слово в рамках первой секции круглого стола произнес председатель Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов и модератор пленарной сессии Андрей Рего.

Далее последовало выступление Сергея Пузыревского о соответствии пятого антимонопольного пакета реальным вызовам цифровой экономики. Спикер подчеркнул, что развитие цифровой экономики требует пересмотра подходов к антимонопольному регулированию и правоприменению. Так, например, появляются новые подходы к контролю экономической концентрации, характеризующиеся максимальной открытостью информации о рассмотрении ходатайств и новым видом предписания об устранении дискриминационного доступа к данным. Вместе с тем формируются новые критерии определения доминирующего положения, среди которых можно выделить владение инфраструктурой и сетевые эффекты.

Продолжая обсуждение развития антимонопольного законодательства, член Ассоциации антимонопольных экспертов, директор Института права и развития ВШЭ — Сколково Алексей Иванов выступил с докладом о методологических основах цифровой экономики. Спикер в своем выступлении подчеркнул, что, на его взгляд, роль интеллектуальной собственности трансформируется: она стала использоваться для монополизации рынков и подавления конкуренции, а не коммерциализации разработок. Среди основных тенденций нового регулирования были отмечены необходимость вхождения интеллектуальных прав в сферу антитраста, учет ограниченности ресурсов при анализах рынков, а также учет глобальных рынков и эффектов для состояния конкуренции.

Кроме того, член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» Денис Гаврилов представил предложения Ассоциации антимонопольных экспертов по доработке



Елена Заева, начальник Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России; Артем Молчанов, начальник Правового управления ФАС России; Сергей Пузыревский, заместитель руководителя ФАС России; Андрей Рего, председатель Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов; Денис Гаврилов, адвокат АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»



Сергей Пузыревский, заместитель руководителя ФАС России

пятого антимонопольного пакета. «Во-первых, необходимо сформировать новые подходы к определению доминирования, включающие влияние сетевых эффектов, фокус на двусторонних рынках и использование новых количественных показателей для расчета доли рынка (объем трафика, количество поисковых запросов и т. д.). Во-вторых, возможно ввести понятие цифрового алгоритма и проработать возможность расширения использования правила разумного подхода. В-третьих, поправки в сфере антимонопольного контроля за сделками M&A могут касаться введения нового порогового значения в виде цены согласуемой сделки, введения института очных рассмотрений хо-



Алексей Иванов, директор Института права и развития ВШЭ — Сколково, член Ассоциации антимонопольных экспертов

датайств по сложным сделкам, а также принятия заключений по обстоятельствам сделки в соответствующих случаях, предваряя финальное решение регулятора по ходатайству», — сказал Денис Гаврилов.

На теме сетевых эффектов в своем докладе подробнее остановился начальник Правового управления ФАС России Артем Молчанов. С точки зрения антимонопольной политики современные IT-рынки характеризуют три главных отличия: динамичность, связанная со значимостью инноваций для деятельности компании на рынке, модульность, основанная на взаимодополняемости производства или потребления, и наличие эффектов со стороны спроса, когда ценность



Денис Гаврилов, адвокат АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов



Артем Молчанов, начальник Правового управления ФАС России

продукта для потребителя повышается с увеличением числа потребителей данного продукта.

«Прямые сетевые эффекты могут формироваться посредством прямого влияния количества покупателей на качество товара, — отметил в своем выступлении Артем Молчанов. — Например, полезность, которую потребитель получает от приобретения телефона, прямо зависит от количества других пользователей данной телефонной сети». Косвенные сетевые эффекты, как подчеркнул спикер, способствуют росту потребления. Например, для индивида, приобретающего персональный компьютер, важно количество потребителей, покупающих аналогичное оборудование, поскольку от него зависит количество и разнообразие программного обеспечения, поставляющегося для использования данным компьютером.

Кроме того, было освещено неоднозначное влияние сетевых эффектов на экономику. К положительному влиянию, как заметил выступающий, можно отнести то, что цифровые платформы, основанные на многосторонних сетевых эффектах, обеспечивают существенное снижение производственных и транзакционных издержек, с другой стороны, могут выступать инструментом монополизации рынка и способствовать злоупотреблению рыночной властью. Именно поэтому должны появиться инструменты антимонопольного контроля для таких злоупотреблений, и они должны быть прописаны в законе.

Затем начальник Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России Елена Заева представила первые практические цифровые кейсы в повестке антимонопольного ведомства. Спикер

рассказала о влиянии сетевых эффектов на такие известные сделки, как Яндекс.Такси и Uber, Байер и Монсанто, а также о расследованиях в отношении Microsoft и Google. Представитель антимонопольного ведомства обратила внимание, что такая характеристика рынка, как сетевые эффекты, может являться и барьером входа на рынок, но и при определенных обстоятельствах может служить сдерживающей силой для возможных злоупотреблений — как, например, было установлено при рассмотрении сделки Яндекс.Такси — Uber. Учитывая особенности рынка, предписание ФАС России было направлено на сохранение возможности переключения для потребителей.

ФАС России, проведя расследование в отношении Google, выдала компании предписание, направленное на «размыкание» сложившихся систем в сфере ИТ, на которых, вследствие того, что пользователи не склонны к переключению или параллельному использованию, сетевые эффекты имеют большое значение для доминирующего положения.

В соответствии с этим предписанием компания Google должна прекратить нарушение и не обуславливать предустановку магазина приложений Google Play требованиями, направленными на исключение конкурирующих сервисов из самого эффективного канала предустановки.

Предупреждение, также направленное на «размыкание» ИТ-систем, ФАС России выдала компании Microsoft. Microsoft надлежало обеспечить рабочий порядок взаимодействия и тестирования своих новых версий операционной системы со сторонними разработчиками антивирусного программного обеспечения, допустив



Андрей Тенишев, начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России



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

тем самым разработчиков антивирусного ПО — своих конкурентов — на рынок. На примере слияния компаний Байер — Монсанто Елена Заева продемонстрировала формирование системного замкнутого комплекса.

Далее, в рамках сессии члены Ассоциации Азамат Абдульменов и Ярослав Кулик рассказали об антимонопольных последствиях применения ценовых алгоритмов в аспекте запретов ст. 11 и ст. 11.1 Закона о защите конкуренции, примерах применения ценовых алгоритмов в антимонопольном регулировании зарубежных стран, подходах ОЭСР. Так, ценовые алгоритмы допустимо применять при одностороннем механизме ценообразования, а также при изучении цен конкурентов и цен перепродажи дистрибьюторами. К противоправному применению ценовых алгоритмов можно отнести единообразное установление цен (сговор) и ценовую дискриминацию с использованием алгоритмов, применение аукционных роботов для поддержания цен на торгах, установление цены перепродажи, координацию экономической деятельности и hub-and-spoke картели. Затем эксперты представили рекомендации по их использованию. Так, не стоит раскрывать код алгоритма рынку и использовать одного и того же разработчика в одной индустрии, необходимо документировать принятие решения об использовании алгоритма и коммерческой цели его использования, проявлять осмотрительность для того, чтобы не допустить ненамеренного нарушения антимонопольного законодательства.

Во второй части круглого стола начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России Андрей Тенишев совместно с представителями экспертного со-

общества провели практическую игру «Рассмотрение уголовного дела о картеле».

В порядке уголовного судопроизводства участники рассмотрели гипотетическое уголовное дело по обвинению в картеле руководителей и сотрудников компаний-конкурентов, а также представителя государственного заказчика в злоупотреблении должностным положением и в сговоре на торгах.

По версии обвинения, руководители хозяйствующих субъектов-конкурентов, используя свои служебные полномочия, в составе группы лиц по предварительному сговору умышленно, незаконно, в нарушение п. 2 ч. 1 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» заключили между собой и реализовали при проведении электронного аукциона ограничивающее конкуренцию соглашение (картель), что повлекло поддержание цены на торгах, а также неправомерно добились победы на этом аукционе подконтрольной им компании, лишили добросовестных участников аукциона возможности на конкурентной основе участвовать в торгах, заключить выгодный контракт при лучших ценовых предложениях.

ФАС России признала компании-конкуренты нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, а государственного заказчика — нарушившим п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Руководитель одной из компаний подал заявление об освобождении компании от административной ответственности (в рамках примечания к ст. 14.32 КоАП) и передал ФАС России все имеющиеся у него материалы и сведения относительно картеля.



Ярослав Кулик, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной практики юридической фирмы ART DE LEX



Азамат Абдульменов, руководитель антимонопольной практики DLA Piper

Руководители и сотрудники компаний-конкурентов были привлечены к уголовной ответственности и обвинялись в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 178 УК РФ, а должностное лицо государственного заказчика — в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 285 УК РФ.

Участники практической игры создали искусственную версию судебного процесса, ограничившись стадией судебных прений, в которых каждый из участников процесса представил свою позицию защиты

против предъявленного ему обвинения. В целях придания живости игре залу было предложено принять участие в качестве присяжных заседателей и по окончании игры вынести по каждому участнику вердикт о виновности.

В результате голосования присяжных заседателей был оправдан руководитель компании, подавший заявление об освобождении от ответственности.

Остальные обвиняемые по делу были признаны как самим судом, так и присяжными заседателями,



Светлана Чиркова, старший юрист АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»; Азамат Абдульменов, руководитель российской антимонопольной практики DLA Piper; Екатерина Смирнова, партнер, руководитель практики «Размещение заказа. Административное и судебное обжалование» «Яковлев и Партнеры»



Татьяна Ножкина, партнер АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»; Анна Нумерова, партнер АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»



Юрий Сухоруков, старший менеджер отдела конференций газеты «Ведомости»

виновными в совершении преступления, предусмотренного п. «а» ч. 2 ст. 178 УК РФ — ограничение конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), запрещенного в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, совершенное лицом с использованием своего служебного положения, повлекшего извлечение дохода в крупном размере.

По итогам игры состоялось обсуждение практических вопросов, затронутых в игре. Среди них необходимые условия для освобождения от уголовной ответственности за нарушение ст. 178 УК РФ, порядок доказывания и защиты в зависимости от причинения вреда или ущерба и пр.

В качестве представителей СМИ в практической игре приняли участие начальник Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России Елена Заева и старший менеджер отдела конференций газеты «Ведомости» Юрий Сухоруков, которые по окончании игры представили свои заметки о том, как это дело было бы описано в деловых СМИ.

В игре приняли участие:

- судьи: Татьяна Ножкина, партнер АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»; Анна Нумерова, партнер АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов;
- представитель государственного обвинения: Андрей Тенишев, начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России;

- обвиняемый 1 (руководитель компании-конкурента, подавший заявление об освобождении от ответственности): Светлана Чиркова, адвокат АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»;
- обвиняемый 2 (начальник отдела компании-конкурента): Евгений Большаков, советник АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»; Ярослав Кулик, адвокат, партнер юридической фирмы ART DE LEX, члены Ассоциации антимонопольных экспертов;
- обвиняемый 3 (руководитель компании-конкурента): Егор Свечников, старший юрист юридической практики КПМГ в России и СНГ, член Ассоциации антимонопольных экспертов;
- обвиняемый 4 (руководитель компании — государственного заказчика): Екатерина Смирнова, партнер, руководитель практики «Размещение заказа. Административное и судебное обжалование», адвокат юридической фирмы «Яковлев и Партнеры»; Азамат Абдульменов, руководитель антимонопольной практики DLA Piper, члены Ассоциации антимонопольных экспертов;
- специалисты (ФАС): Денис Гаврилов, адвокат АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»; Наталья Тотахева, юридический директор по региону Россия и СНГ ООО «Эбботт Лэбораториз», члены Ассоциации антимонопольных экспертов;
- представители СМИ: Елена Заева, начальник Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России; Юрий Сухоруков, старший менеджер отдела конференций газеты «Ведомости».

Ассоциация антимонопольных экспертов