

Паращук Сергей Анатольевич,
руководитель магистерской программы «Конкурентное право»
Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета
МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент,
член Научно-методического совета образовательных
организаций и кафедр конкурентного права и антимонопольного и
антимонопольного регулирования ФАС России

Тема: Правовые проблемы антимонопольного регулирования в сфере цифровой экономики

Адекватно ли правовое регулирование цифровой экономики существующим реалиям?

Основные нормативные акты, обеспечивающие правовое регулирование в сфере цифровой экономики:

- на национальном уровне:

- *Указ Президента РФ от 01.12.2016 N 642 "О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации"*
- *Указ Президента РФ от 9 мая 2017 года N 203 О СТРАТЕГИИ РАЗВИТИЯ ИНФОРМАЦИОННОГО ОБЩЕСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НА 2017 - 2030 ГОДЫ.*
- **Распоряжение Правительства РФ от 28 июля 2017 г. N 1632-р «ПРОГРАММА "ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ"**
- **ПЛАН МЕРОПРИЯТИЙ ПО НАПРАВЛЕНИЮ "НОРМАТИВНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ" ПРОГРАММЫ "ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ"** Утвержден Правительственной комиссией по использованию информационных технологий для улучшения качества жизни и условий ведения предпринимательской деятельности (протокол от 18 декабря 2017 г. N 2)

Федеральные законы

- Гражданский кодекс РФ (статья 128, статья **141.1.** - цифровые права).
- Федеральный закон от 31.07.2020 N 259-ФЗ "О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации"
- Федеральный закон от 31.07.2020 N 258-ФЗ (ред. от 02.07.2021) "Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации"

- Проект Федерального закона N 745967-7 "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции"
(ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 03.07.2019)

на уровне Евразийского экономического союза.

- Решение Высшего Евразийского экономического совета от 11.10.2017 N 12 "Об Основных направлениях реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года"
- Распоряжение Совета Евразийской экономической комиссии от 23.11.2020 N 29 "О перечне сервисов и цифровой инфраструктуры, реализуемых в целях формирования экосистемы цифровых транспортных коридоров Евразийского экономического союза"
- Рекомендация Коллегии Евразийской экономической комиссии от 25.05.2021 N 9 "Об обзоре "Конкурентное (антимонопольное) регулирование на цифровых рынках"

Проблема единой терминологии в нормах российского права.

Объект правового регулирования, субъекты правового регулирования.

Единая терминология

Гражданский кодекс Российской Федерации

Статья 128. Объекты гражданских прав

К объектам гражданских прав относятся вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, **цифровые права**); результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные благ

Статья 141.1. Цифровые права

1. **Цифровыми правами** признаются названные в таком качестве в законе **обязательственные и иные права**, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами **информационной системы**, отвечающей установленным законом признакам. Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в **информационной системе** без обращения к третьему лицу.

Федеральный закон от 31.07.2020 N 259-ФЗ
"О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении
изменений в отдельные законодательные акты Российской
Федерации"

Статья 1. Предмет регулирования и сфера действия настоящего Федерального закона

2. **Цифровыми финансовыми активами признаются цифровые права**, включающие денежные требования, возможность осуществления прав по эмиссионным ценным бумагам, права участия в капитале непубличного акционерного общества, право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг, которые предусмотрены решением о выпуске цифровых финансовых активов в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, выпуск, учет и **обращение которых возможны только путем внесения (изменения) записей в информационную систему** на основе распределенного реестра, а также в иные информационные системы.

3. **Цифровой валютой признается совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения)**, содержащихся в информационной системе, которые предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа, **не являющегося денежной единицей Российской Федерации**, денежной единицей иностранного государства и (или) международной денежной или расчетной единицей, и (или) в качестве инвестиций и в отношении которых отсутствует лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных, за исключением оператора и (или) **узлов информационной системы**, обязанных только обеспечивать соответствие порядка выпуска этих электронных данных и осуществления в их отношении действий по внесению (изменению) записей в такую информационную систему ее правилам.

Федеральный закон от 27.07.2006 N 149-ФЗ (ред. от 02.07.2021)
"Об информации, информационных технологиях и о защите
информации"
(с изм. и доп., вступ. в силу с 01.10.2021)

Статья 2. Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе

3) **информационная система** - совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств;

12) **оператор информационной системы (субъект права)** - **гражданин или юридическое лицо**, осуществляющие деятельность по эксплуатации информационной системы, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных;

4) **информационно-телекоммуникационная сеть** - технологическая система, предназначенная для передачи по линиям связи информации,

доступ к которой осуществляется с использованием средств вычислительной техники;

**Федеральный закон от 31.07.2020 N 258-ФЗ
(ред. от 02.07.2021)**

"Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации"

2) цифровые инновации - новые или существенно улучшенные продукт (товар, работа, услуга, охраняемый результат интеллектуальной деятельности) или процесс, новые метод продаж или организационный метод в деловой практике, организации рабочих мест или во внешних связях, введенные в употребление, созданные или используемые по направлениям, предусмотренным частью 2 статьи 1 настоящего Федерального закона, с применением технологий, перечень которых утверждается Правительством Российской Федерации, а по направлению, предусмотренному пунктом 4 части 2 статьи 1 настоящего Федерального закона, Центральным банком Российской Федерации (далее - Банк России).

Подзаконные акты и иные документы

Правительство РФ своим распоряжением от 02.09.2021 г. № 2424-р утвердило **Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2021 – 2025 годы**

Национальный план определяет в качестве приоритетных направлений для развития конкуренции **сферы информационных технологий**, агропромышленный комплекс, энергетики, обращения твердых коммунальных отходов, природных ресурсов, строительства, транспорта, образования, здравоохранения, финансовых рынков, торговли и другие.

Проблема разночтения в некоторой терминологии и правовом регулировании

Понятие цифровая экономика, цифровая платформа.

- ЕАЭС – **«цифровая экономика»** - часть экономики, в которой процессы производства, распределения, обмена и потребления прошли цифровые преобразования с использованием информационно-коммуникационных технологий.

Россия – **«цифровая экономика» - хозяйственная деятельность, в которой ключевым фактором производства являются данные в цифровом виде, обработка больших объемов и использование результатов**

анализа которых по сравнению с традиционными формами хозяйствования позволяют существенно повысить эффективность различных видов производства, технологий, оборудования, хранения, продажи, доставки товаров и услуг.

Антимонопольные проблемы:

- Цифровые монополии создают высокий уровень монополизации рынков. Рыночная власть цифровых монополий достигает аномальных размеров.

Цифровая экономика может перестанет быть рыночной и будет управляться группой компаний-монополистов, обладающих такой рыночной властью, которой не могли похвастаться не только монополисты XX в., но и правительства промышленно развитых стран.

- Проблема цифрового неравенства Цифровое неравенство (*digital divide*) - это устоявшийся термин, исторически означавший неравенство в доступе к цифровым технологиям как таковым (услугам связи, Интернету и пр.), а теперь включающий в себя и множество других факторов, определяющих реальное положение дел в экономике в цифровой век.

Например, крупнейшие российские университеты не имеют полноценного доступа к научным базам Elsevier, Wiley и Thomson Reuters в силу их высокой стоимости (или иных приоритетов руководства вузов для расходования бюджетных ассигнований).

- Контроль за доминирующим положением на цифровых рынках.

- Контроль за экономической концентрацией на цифровых рынках.

- Запрещение и пресечение антимонопольных нарушений.

Принятие цифровых изменений в антимонопольные законы зарубежных стран.

К 2021 году ряд стран уже ввели в свои антимонопольные законы изменения, связанные с особенностями функционирования цифровых рынков, например, Германия и Австрия. Другие страны учли специфику конкуренции в цифровую эпоху на уровне подзаконных актов и рекомендаций. К этим странам относятся, в частности, Южная Корея, Япония. Страны, которые еще не успели изменить свое антимонопольное законодательство, активно обсуждают необходимость совершенствования подходов, в частности, Китай, Великобритания, Италия, Россия, Индия, Южная Африка, Бразилия.

Германия. Первой страной, которая ввела в антимонопольный закон поправки, учитывающие особенность цифровых рынков, стала Германия. В июле 2017 года в немецкий Закон «О защите конкуренции» внесены изменения, предусматривающие

новеллы касательно определения товара как объекта исследования в цифровом пространстве, также предусмотрены критерии определения доминирующего положения цифровых платформ.

Так, безвозмездное предоставление товаров или услуг, то есть, предоставление товаров или услуг другой стороне (например, пользователям) без получения от нее платы или иного встречного предоставления, не препятствует определению границ рынка. В соответствии с немецким законом «О защите конкуренции», рынок может существовать и в том случае, если товар или услуга предоставлены покупателю безвозмездно

Во-вторых, в немецкий антимонопольный закон введены новые факторы, которые необходимо учитывать при оценке доминирующего положения цифровых платформ. Так, применительно к многосторонним рынкам и сетевым платформам при оценке доминирующего положения хозяйствующего субъекта на рынке учитываются также: 1) прямые и косвенные сетевые эффекты; 2) параллельное использование нескольких цифровых платформ пользователями и издержки пользователя на переход на другую цифровую платформу; 3) экономия за счет масштаба производства во взаимосвязи с сетевыми эффектами, 4) доступ компании к релевантным для конкуренции данным; 5) влияние инноваций на конкуренцию.

Австрия. в 2017. Изменения в Закон о картелях и Закон о Федеральном антимонопольном ведомстве Австрии. Изменения затронули сферу контроля слияний на цифровых рынках, в соответствии с которыми под контроль антимонопольного регулятора Австрии будут попадать сделки, превышающие определенный порог не только по выручке, но и по стоимости самого приобретения.

Япония. Комиссия по справедливой торговле Японии (JFTC) 17 декабря 2019 года завершила разработку новых антимонопольных методик для цифровых платформ. Методики уже вступили в силу и применяются как к японским, так и к глобальным компаниям-цифровым платформам. Цель методики – повышение предсказуемости для операторов цифровых платформ и обеспечение прозрачности в процессе правоприменения.

Китай. В начале января 2020 года Китайское антимонопольное ведомство, Государственное управление по регулированию рынка (SAMR), начало публичное обсуждение своего законопроекта о внесении изменений в Антимонопольный закон Китая. Это связано с тем, что такие зарубежные сервисы как Google, Facebook и др. не осуществляют деятельность на рынках Китая, и отсутствие конкуренции с зарубежными сервисами усугубило монополизацию рынка.

Россия. Разработка изменений и дополнений в Федеральный закон «О защите конкуренции» начались 2016 году.

Проект закона предусматривал понятие цифровая платформа, сетевой эффект, критерии доминирующего положения цифровых платформ, критерии экономической концентрации.

Понятие цифровой платформы в российском правопорядке

Проект пятого антимонопольного пакета.

цифровая платформа - размещенная в информационно-коммуникационной сети "Интернет" инфраструктура, которая используется для организации и обеспечения взаимодействия продавцов и покупателей;

сетевой эффект - зависимость потребительской ценности товара от количества потребителей одной и той же группы (прямой сетевой эффект) либо изменение ценности товара для одной группы потребителей при уменьшении или увеличении количества потребителей в другой группе (косвенный сетевой эффект);";

Положение хозяйствующего субъекта, владеющего цифровой платформой, может быть признано доминирующим в случае, если **такая цифровая платформа занимает долю более чем 35 процентов на рынке взаимозаменяемых услуг, оказываемых с использованием цифровых платформ**, связанных с обеспечением взаимодействия хозяйствующих субъектов - продавцов и покупателей, и сетевые эффекты, основанные на количестве пользователей цифровой платформой, дают такому хозяйствующему субъекту возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта, владеющего цифровой платформой, или несколькими сходными (взаимозаменяемыми) цифровыми платформами, выручка от деятельности которой (которых) за последний календарный год не превышает 400 миллионов рублей.";

ЕАЭС "цифровая платформа" - система средств, поддерживающая использование цифровых процессов, ресурсов и сервисов значительным количеством субъектов цифровой экосистемы и обеспечивающая возможность их бесшовного взаимодействия;

Министерство экономического развития Российской Федерации

Концепция общего регулирования деятельности

групп компаний, развивающих различные цифровые сервисы на базе одной "Экосистемы"

Термины и определения

Цифровая платформа - это бизнес-модель, позволяющая потребителям и поставщикам связываться онлайн для обмена продуктами, услугами и информацией (**цифровыми сервисами**), включая предоставление продуктов/услуг/информации собственного производства.

Технологическая платформа - это набор технологических переиспользуемых компонентов (как правило, облачных) на каждом уровне архитектуры (инфраструктура, хранение данных, технологические сервисы, бизнес-логика, прикладные решения, каналные приложения). Они также включают в себя инструменты разработки и эксплуатации, средства интеграции, инструменты аналитики, средства обеспечения безопасности для повышения скорости.

Цифровая экосистема - это клиентоцентричная бизнес-модель, объединяющая две и более группы продуктов, услуг, информации (собственного производства и/или других игроков) для удовлетворения конечных потребностей клиентов (безопасность, жилье, развлечения и т.д.). Особенностью экосистем является то, **что они объединяют продукты/услуги, создавая дополнительную ценность при пользовании более чем одним/одной продуктом/услугой с точки зрения удобства и/или финансовой привлекательности для своих поставщиков и потребителей, на основе технологических платформ.**

Цифровые экосистемы являются следующей фазой развития цифровых платформ, в том числе могут включать несколько цифровых платформ. Выделяют два вида цифровых платформ и экосистем: национальные и иностранные. Определения и критерии еще предстоит определить.

Новый проект пятого антимонопольного пакета законов- Отказ от определения цифровой платформы.

Положение хозяйствующего субъекта, владеющего программой (совокупностью программ) для электронных вычислительных машин, функционирующей в информационно-телекоммуникационной сети, которая используется для заключения сделок продавцов и покупателей (далее - программа для электронных вычислительных машин), признается доминирующим в случае, **если такой хозяйствующий субъект занимает долю более чем 35 процентов на рынке взаимозаменяемых услуг по обеспечению заключения сделок между продавцами и покупателями, оказываемых с использованием программ для электронных вычислительных машин, и сетевые эффекты**, основанные на количестве пользователей программ для электронных вычислительных машин, дают такому хозяйствующему субъекту возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих

субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта, владеющего программой для электронных вычислительных машин или несколькими сходными (взаимозаменяемыми) программами для электронных вычислительных машин, выручка от деятельности которой (которых) за последний календарный год не превышает 400 миллионов рублей.";

- ФАС России разработаны методические рекомендации по выявлению картелей в условиях цифровой экономики. Данные рекомендации затрагивают аспекты использования нарушителями различных цифровых программ (алгоритмов) для реализации таких соглашений, квалификации таких действий, а также содержат статические данные Федеральной антимонопольной службы по соответствующей категории дел.

Участники антиконкурентного соглашения используют специальные программные продукты для обмена информацией, позволяющей контролировать движение соответствующего товара.

Программа «Большой цифровой кот».

- Запрещение злоупотребления доминирующим положением путем связывания на цифровых рынках. С развитием цифровой экономики, антимонопольные органы стали сталкиваться с практикой связывания цифровых товаров и услуг. Связывание двух товаров (или услуг) происходит, когда продавец продает один товар (связывающий товар) при условии, что покупатель покупает другой товар (привязанный товар) от этого продавца, или накладывает на покупателя обязательство не покупать товар у другого продавца. С позиции экономики, «чистое связывание» происходит, когда два продукта продаются только совместно, и приобретение продуктов по отдельности невозможно.

Вывод: В России идет процесс формирования системы законодательства в сфере цифровой экономики, приняты важнейшие федеральные законы и подзаконные акты,

Однако российский законодатель, вслед за зарубежным, осторожно относится к принятию антимонопольных запретов и ограничений в отношении хозяйствующих субъектов, использующих цифровые платформы и сетевые эффекты, в результате чего в России с 2016 года по настоящее время не приняты изменения в российский ФЗ «О защите конкуренции», сформированные как «пятый антимонопольный пакет». Назрело время для его принятия. ФАС России рассчитывает на его принятие в 2022 году.

Литература

- Попондопуло В.Ф., Петров Д.А., Силина Е.В. Проблемы правовой защиты экономической конкуренции в условиях цифровизации экономики // Конкурентное право. 2019. N 3. С. 7 - 11.
- Доценко А.В., Иванов А.Ю. Антимонопольное регулирование, цифровые платформы и инновации: дело Google и выработка подходов к защите конкуренции в цифровой среде // Закон. 2016. N 2. С. 35.
- Вайпан В.А. Основы правового регулирования цифровой экономики // Право и экономика. 2017. N 11. С. 13.
- Цариковский А.Ю. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции / А.Ю. Цариковский, А.Ю. Иванов, Е.А. Войниканис. М.: ВШЭ, 2018. 311 с.
- Петров А.В. Сетевые эффекты и недобросовестная конкуренция на рынках цифровых платформ: дело Avito против Auto.ru // Предпринимательское право. 2020. N 4. С. 43 - 50.
- Позднякова А.Э., Котова Д.А., Семенова Е.В. Вопросы конкуренции на рынке социальных сетей // Закон. 2020. N 2. С. 74 - 85.
- Иванов А.Ю. Контроль монополизации в условиях цифровой экономики: первая часть дискуссии о пятом антимонопольном пакете // Закон. 2018. N 2. С. 106 - 119.
- Карцхия А.А. Цифровые технологические (онлайн) платформы: российский и зарубежный опыт регулирования // Гражданское право. 2019. N 3. С. 25 - 28.
- Касымов Р.Ш. Контроль монополизации в условиях цифровой экономики // Конкурентное право. 2019. N 4. С. 27 - 30.