Пятый антимонопольный пакет

В декабре 2017 г. Председателем Правительства РФ 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.

Федеральная антимонопольная служба России на заседании Общественного совета при ведомстве 15 марта 2018 года представила «пятый антимонопольный пакет», разработанный при участии Института права и развития ВШЭ – Сколково. Данный антимонопольный пакет должен поднять на новый уровень регулирование работы бизнеса в условиях цифровой экономики.

Поправки коснутся в первую очередь IT-сферы. Так, предполагается ввести в законодательство новые понятия: «сетевые эффекты», «ценовой алгоритм», «доверенные лица», и уточнить понятие «соглашение».

Для того чтобы яснее понимать, почему регулятор уделяет очередному пакету антимонопольных законопроектов повышенное внимание, стоит вспомнить о кардинальных изменениях, произошедших на мировых рынках. А в мире случилась технологическая революция — промышленных и сырьевых гигантов все увереннее теснят цифровые глобальные игроки. За последние десять лет кардинально поменялся перечень топ-10 мировых лидеров. Этот список возглавили Apple, Google, Microsoft, в десятку наиболее влиятельных компаний вошли Amazon и Facebook. Прорывное усиление их позиций стало возможным благодаря управлению большими базами данных, концентрации прав интеллектуальной собственности, использованию экономики цифровых алгоритмов (эти тенденции характерны не только для игроков глобального рынка, аналогичные изменения происходят и в экономике в целом — в региональных, национальных или локальных границах).

Большинство цифровых гигантов в результате сделок слияний и поглощений получили доминирующее положение на рынке, но антимонопольные органы мира оказались не готовы адекватно оценить и спрогнозировать появление и проявление у них рыночной власти. В том числе по причине неготовности антимонопольного законодательства предугадывать и прогнозировать влияние происходящих технологических и экономических изменений на рынок.

Необходимость в разработке поправок возникла в связи с тем, что некоторые стандартные категории антимонопольного регулирования не работают на цифровых рынках.

Например, в законодательстве отсутствуют критерии, позволяющие отнести к доминирующим хозяйствующим субъектам владельцев крупных инфраструктурных платформ, интернет-платформ. Для решения этой проблемы предлагается в Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) ввести понятие «сетевые эффекты»\*, которые станут критерием признания хозяйствующего субъекта доминирующим, даже если его доля на товарном рынке не превышает 35%. То есть доступ к данным о потребителях, собранным цифровыми платформами, должен будет стать недискриминационным.

\*Сетевой эффект – зависимость потребительской ценности товара от количества пользователей одной и той же группы (прямой сетевой эффект) либо изменение ценности товара для одной группы пользователей при уменьшении или увеличении количества пользователей в другой группе (косвенный сетевой эффект).

Ключевых новелл пять.

1. Введение нового определения доминирующего положения участника рынка, который обладает большим массивом данных и за счет этого получает значительную рыночную силу, при которой доля бизнеса на физическом товарном рынке уже не важна.

2. Контроль над слиянием и совместным использованием цифровых платформ разных компаний, которые формально имеют признаки координации экономической деятельности, но могут привести к снижению цен для конечных потребителей.

Данная новелла стала особенно актуальной в свете слияния бизнеса «Яндекс.Такси» и Uber. В результате таких сделок объединяются цифровые платформы, которые начинают координировать цены между таксистами.

Если бизнес, координируя работу цифровых платформ,  снижает цены для потребителя, то это не будет нарушением антимонопольного законодательства.

3. Появление дополнительных критериев, которые связаны с согласованием сделок экономической концентрации. Это приобретение технологий или иных нематериальных активов.

4. Четвертая новелла коснется иностранных компаний — правообладателей, у которых почти нет активов на территории России, но, тем не менее, они ведут здесь экономическую деятельность. Нарушение закона для них не влечет санкций, поэтому ФАС предлагает ограничивать оборот товаров или выдавать принудительную лицензию по решению суда, тогда компаниям придется выполнять предписания регулятора.

5. Пятая новелла будет регулировать аспекты процесса обращения товаров в интернете, в том числе с применением **ценовых алгоритмов**.

\*Ценовой алгоритм – программное обеспечение (программа для электронно-вычислительной машины, совокупность таких программ или программно-аппаратных средств), доступ к которому обеспечивается путем его установки на электронные вычислительные машины пользователя или посредством информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», предназначенное в соответствии с заданными параметрами для мониторинга цен на товарном рынке, расчета цен на товары, установления цен на товары и (или) контроля цен на товары либо совершения действий при участии в торгах.

Теме ценовых алгоритмов в последнее время уделяется большое внимание. 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. Это не значит, что ценовой алгоритм запрещается. Это значит, что если он используется, то он не должен быть направлен на ограничение или устранение конкуренции. В законодательстве должны появиться дополнительные критерии допустимости такого ценового анализа рынков, чтобы они не являлись основой картельного сговора.

**Пример.** Впервые использование ценовых алгоритмов с целью нарушения антимонопольного законодательства было установлено ФАС России в недавнем решении по делу компании LG (решение по делу № 1-11-18/00-22-17), 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.