

ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

ПРОБЛЕМЫ АДАПТАЦИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ К УСЛОВИЯМ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ

Е.Д. Ворникова

АО «Спецремонт»

121151, Россия, Москва, набережная Тараса Шевченко, 23а

Аннотация

В связи с принятием Пятого антимонопольного пакета автор анализирует потенциальную эффективность новых специальных норм законодательства о защите конкуренции. Исследование проведено с целью выявления правовых и экономических последствий включения в российское законодательство термина «сетевой эффект» и специальных юридических составов злоупотребления доминирующим положением на цифровых рынках. Эмпирическую основу исследования составляют российское и зарубежное законодательство, материалы судебной практики, научная литература. Новые нормы позволяют применить имеющееся правовое регулирование о защите конкуренции к феноменам цифровой экономики. Однако в цифровых секторах запрет злоупотребления доминирующим положением способствует укреплению доминирования операторов платформ и формированию цифровой монополии, что не вполне согласуется с целями антимонопольного регулирования. Нивелировать укрепление доминирования операторов платформ позволяет закрепление принципа технологической нейтральности в нормах российского права, а также конструкция публичного договора. Отсутствие единства терминологии Пятого антимонопольного пакета и законодательства о цифровых платформах приводит к необоснованному ограничению субъектного состава запрета злоупотребления доминирующим положением на цифровых рынках. Нормы Пятого антимонопольного пакета распространяются на деятельность маркетплейсов и агрегаторов, не охватывая цифровые экосистемы и цифровые сервисы в формате приложений, облачных хранилищ, социальных сетей, поисковиков, стриминговых услуг и т.д. Преодолеть указанное ограничение позволяет применение к цифровым экосистемам и сервисам общих правил о запрете монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции. Автор обращает внимание на ряд практических проблем применения критериев доминирования к деятельности цифровых посредников, акцентируя внимание на их бизнес-модели. По результатам исследования сделаны выводы о целесообразности расширения субъектного состава отношений, регулируемых новыми специальными нормами Пятого антимонопольного пакета, а также предложены правовые средства обеспечения баланса интересов доминирующих операторов цифровых платформ и пользователей.

Ключевые слова

цифровая платформа, цифровой посредник, цифровая монополия, монополистическая деятельность, сетевой эффект

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имеет спонсорской поддержки.

Для цитирования

Ворникова, Е.Д. (2023). Проблемы адаптации антимонопольного регулирования к условиям цифровой экономики. *Цифровое право*, 4(4), 91–106. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-3>

Поступила: 17.10.2023, принята в печать: 23.11.2023, опубликована: 28.12.2023

COMMENT

THE PROBLEMS OF ADAPTING ANTITRUST LAW TO THE DIGITAL ECONOMY

Ekaterina D. Vornikova

JSC “Spetsremont”

23A, Taras Shevchenko emb., Moscow, Russia, 121151

Abstract

In connection with the Fifth Antimonopoly Package, the author analyzes the effectiveness of new competition law. The aim of the research is to identify the legal and economic consequences of including the term “network effect” and special legal structures for abuse of a dominant position in digital markets in Russian legislation. The study is based on Russian and foreign legislation, materials from judicial practice, and scientific research. The new rules make it possible for the existing legal regulation on the protection of competition to be applied to the phenomena of the digital economy. However, in the digital sectors, prohibiting the abuse of a dominant position contributes to strengthening the dominance of platform operators and the formation of a digital monopoly. This is not entirely consistent with the goals of antitrust regulation. With the consolidation in the provisions of Russian law of the principle of technological neutrality, as well as the design of a public contract, the strengthening of the dominance of platform operators may be restricted. A consequence of the lack of unified terminology in the Fifth Antimonopoly Package and legislation on digital platforms is the unreasonable limitation of the subject composition of the prohibition of abuse of a dominant position in digital markets. The Fifth Antimonopoly package applies to the activities of marketplaces and aggregators, but does not extend to digital ecosystems and digital services in the format of applications, cloud storage, social networks, search engines, streaming services, among others. This limitation will be overcome by applying the general rules on the prohibition of monopolistic activities and unfair competition to digital ecosystems and digital services. The author draws attention to a number of practical problems in applying dominance criteria to the activities of digital intermediaries, focusing on their business model. Conclusions are drawn about the advisability of expanding the subject composition of relations regulated by the new special rules of the Fifth Antimonopoly Package. Legal means are also proposed aimed at ensuring a balance of interests of the dominant digital platform operators and users.

Keywords

digital platform, digital intermediary, digital monopoly, monopolistic activity, network effect

Conflict of interest	The author declares no conflict of interest.
Financial disclosure	The study has no sponsorship.
For citation	Vornikova, E.D. (2023). The problems of adapting Antitrust Law to the digital economy. <i>Digital Law Journal</i> , 4(4), 91–106. https://doi.org/10.38044/2686-9136-2023-4-4-3
Submitted: 17 Oct. 2023, accepted: 23 Nov. 2023, published: 28 Dec. 2023	

Введение

Совершенствование инфраструктуры в цифровой экономике приводит к обновлению бизнес-моделей, что, безусловно, требует внесения изменений в существующее правовое регулирование.

Правовое регулирование цифрового гражданского оборота возможно путем внесения изменений в традиционные отрасли права, а также путем создания специального комплексного регулирования через введение новых объектов и институтов. Например, в Австралии деятельность цифровых платформ попадает под действие общих норм о конкуренции и о защите прав потребителей, а в США и странах — членах ЕС, напротив, принимаются специальные нормативные акты, регулирующие именно деятельность цифровых платформ. Так, Европейский парламент проголосовал за проект Закона о цифровых услугах (*Digital Services Act (DSA)*), который дополняет уже действующий Закон о цифровых рынках (*Digital Markets Act (DMA)*).

Российское право развивается по первому пути: большинство правовых институтов адаптируется под применение новых технологий. Научное сообщество вырабатывает обоснование применения традиционных институтов права к новым общественным отношениям, а законодатель вводит нормы, которые позволяют распространить имеющееся правовое регулирование на феномены цифровой экономики.

Одним из таких феноменов является сетевой эффект – зависимость потребительской ценности услуг цифровой платформы от количества ее пользователей. Стремительное увеличение количества пользователей цифровой платформы приводит к возникновению доминирующего положения оператора платформы.

Традиционные институты антимонопольного регулирования оказались неприменимыми в условиях цифровой экономики, что стало мотивом разработки изменений в Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), получивший в научном сообществе наименование «Пятый антимонопольный пакет». Федеральный закон от 10 июля 2023 г. № 301-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» вступил в силу с 1 сентября 2023 г.

В настоящей статье рассмотрены проблемы адаптации антимонопольного регулирования к условиям цифровой экономики, выявленные по результатам анализа принятых поправок, а также вопросы интеграции новых норм в российскую правовую систему.

1. Цифровые платформы как форма монополизации экономики

По смыслу ст. 1 Закона о защите конкуренции предупреждение и пресечение монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции лежат в основе защиты конкуренции и обеспечения равенства субъектов предпринимательской деятельности.

Несмотря на то что доминирующее положение само по себе не является противоправным и образует состав монополистической деятельности лишь при наличии злоупотреблений, перечисленных в законодательстве, исторически антимонопольное регулирование направлено на недопущение монополизации как таковой. В основе антимонопольного регулирования лежит принцип свободы экономической деятельности. Законодатель стремится не допустить монополизации, применяя, например, инструменты контроля за экономической концентрацией в виде выдачи согласия антимонопольного органа на совершение сделок, принудительно-го разделения и выделения коммерческих организаций.

К настоящему времени статья 4 Закона о защите конкуренции дополнена пунктом 4.1 следующего содержания: «сетевой эффект — свойство товарного рынка (товарных рынков), при котором потребительская ценность программы (совокупности программ) для электронных вычислительных машин в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети «Интернет», обеспечивающей совершение сделок между продавцами и покупателями определенных товаров (далее — цифровая платформа), изменяется в зависимости от изменения количества таких продавцов и покупателей».

Иными словами, чем больше продавцов и покупателей используют цифровую платформу, тем выше ее потребительская ценность. До внесения изменений в законодательство термин «сетевой эффект» укрепился в судебной практике. Суды отмечают, что сетевой эффект выражается в необходимости привлечения на платформу значительного количества разных групп потребителей, рекламодателей и других групп пользователей, а потому является труднопреодолимым барьером для субъектов предпринимательской деятельности. Для успешного входа на рынок и функционирования на нем необходимо обеспечить наличие большой базы пользователей сервиса (как со стороны потребителей контента, так и со стороны создателей (производителей) контента, которые, в свою очередь, должны привлечь на сервис рекламодателей), а также осуществить значительные первоначальные капитальные вложения при длительных сроках окупаемости этих вложений¹. Указанный подход свидетельствует о тесной взаимосвязи понятий сетевого эффекта и доминирующего положения.

Эта же логика лежит в основе термина *gatekeeper* в Законе о цифровых услугах (*Digital Services Act*), который дополнил уже действующий в Европейском союзе Закон о цифровых рынках (*Digital Markets Act*).

Цифровая платформа объединяет покупателей и продавцов для совершения сделок. Такая модель ведения бизнеса экономически выгодна для всех субъектов. Предприниматель (в терминологии антимонопольного законодательства — продавец) получает возможность эффективной реализации своих товаров, работ и услуг, потребитель получает возможность поиска оптимального продукта, а оператор платформы получает материальную выгоду от этих процессов, монетизируя пользовательские данные, размещая рекламу, взимая комиссию за совершение сделок между пользователями платформы.

Ввиду наличия сетевого эффекта статья 10.1 Закона о защите конкуренции запрещает владельцу цифровой платформы, при условии соблюдения количественных и качественных критериев, совершать действия (бездействие), перечисленные в ст. 10 Закона, результатом которых

¹ См.: постановления Арбитражного суда Московского округа от 13 июля 2023 г. № Ф05-14749/2023 по делу № А40-91928/2022; от 11 марта 2022 г. № Ф05-1927/2022 по делу № А40-19473/2021 (Определением Верховного Суда РФ от 21 июня 2022 г. № 305-ЭС22-10220 отказано в передаче дела № А40-19473/2021 в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства).

являются или могут быть недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц.

Применительно к хозяйствующим субъектам в традиционных (нецифровых) секторах экономики запрет злоупотребления доминирующим положением способствует развитию конкуренции и препятствует монополизации экономики, тогда как применительно к операторам цифровых платформ данный запрет лишь способствует укреплению их доминирования.

Для правоотношений в цифровой среде характерны сложная структура и наличие посредников. Основными экономическими инструментами ведения предпринимательской деятельности в эпоху цифровизации выступают цифровые платформы и глобальная компьютерная сеть Интернет. Субъектами таких отношений являются, во-первых, непосредственные участники сделок (в терминологии антимонопольного законодательства — «продавцы и потребители»), а во-вторых, посредники, организующие функционирование электронных площадок и поддерживающие техническое обеспечение систем электронного взаимодействия.

Непосредственные участники сделок, совершаемых в цифровой среде, и посредники, ответственные за инфраструктурное обеспечение их деятельности, существуют на разных товарных рынках. Например, рынок клининговых услуг определяется по предмету и включает в себя деятельность специалистов вне зависимости от того, посредством каких сервисов они взаимодействуют с потребителем для заключения договора. Хозяйствующими субъектами — конкурентами на рынке клининговых услуг являются клининговые компании. В свою очередь, операторы цифровых платформ, посредством которых такие услуги реализуются, конкурируют между собой на рынке предоставления доступа к сетевой инфраструктуре. Рынок агрегаторов клининговых услуг и рынок непосредственно клининговых услуг — это разные товарные рынки.

Согласно п. 1 ст. 4 Закона о защите конкуренции товар — это объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Иными словами, товаром являются всякие объекты, обладающие оборотоспособностью и имущественной ценностью. Нельзя не отметить, что новые бизнес-модели и технические характеристики цифровых продуктов размывают границы между товаром и услугой, однако определение правовой природы договоров, опосредующих отношения в цифровой среде, не является предметом исследования. Здесь и далее термин «товар» используется в значении п. 1 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

По логике законодателя, оператор цифровой платформы обязан допускать максимальное количество пользователей на платформу во избежание создания препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам.

Указанное способствует развитию сетевого эффекта и приводит к укреплению доминирующих позиций владельца цифровой платформы, хоть и обеспечивает конкуренцию между продавцами, реализующими посредством платформы свои товары. В этой связи сетевой эффект образует новую форму доминирования на рынке и является инструментом укрепления доминирующих позиций владельца цифровой платформы.

Тенденция монополизации современной экономики отмечена в исследовании А. Ю. Иванова. Автор вводит понятие цифровых монополий, которое использует для описания рыночной власти субъектов предпринимательской деятельности в цифровой экономике (Ivanov, 2018, 106–119). Н. Срничек также отмечает, что платформы тяготеют к монопольным форматам за счет сетевых эффектов (Srnichek, 2020, 41, 46).

В результате применения запрета злоупотребления доминирующим положением (традиционного института антимонопольного регулирования) к новым отношениям в цифровой

экономике наряду с положительным последствием в виде создания конкурентной среды для продавцов, реализующих посредством цифровой платформы свои товары, возникает цифровая монополия оператора платформы.

В данном случае правовое регулирование является непоследовательным, поскольку институт антимонопольного регулирования приводит к укреплению монополизации рынка — к созданию цифровой монополии, по своим характеристикам схожей с естественной монополией.

Одним из признаков естественной монополии является фактор спроса: удовлетворение спроса эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства). Между тем указанный признак соответствует и цифровой монополии. Снижение издержек и повышение доходности оператора платформы по мере увеличения охвата платформы есть не что иное, как сетевой эффект. Очевидно, что эффекта масштаба имеет место не только в секторах, отнесенных законодателем к естественным монополиям.

Доминирование операторов цифровых платформ усиливается во многом благодаря формированию платформенного права, которое опосредует регулируемую функцию цифровых платформ. Ведь операторы обладают возможностью предоставления, ограничения или полного прекращения доступа к ресурсу для каждого отдельного пользователя, а также зачастую создают правила заключения и исполнения сделок, устанавливают требования к их сторонам, предлагают механизмы разрешения споров.

Безусловно, цифровые платформы как ключевой элемент цифровой технологической инфраструктуры должны быть открытыми для пользователей. Автор не призывает отказаться от применения к ним законодательства о защите конкуренции. В силу масштабов деятельности операторов цифровых платформ и их высокой значимости в современной экономике необходимы правовые средства обеспечения равного для всех доступа к цифровой технологической инфраструктуре. Доминирующее положение операторов цифровых платформ может причинить ущерб благосостоянию потребителей.

В отсутствие отнесения цифровой монополии к перечню естественных монополий и в условиях несформировавшейся эффективной практики применения Пятого антимонопольного пакета задачу обеспечения допуска максимального количества пользователей к инфраструктуре цифровой платформы может выполнять частноправовое средство — публичный договор.

Договор (пользовательское соглашение) является основным правовым средством оформления отношений между оператором цифровой платформы и каждым ее пользователем. Предметом договора является допуск к сетевой инфраструктуре. В настоящей статье «договор о допуске к сетевой инфраструктуре» и «пользовательское соглашение» используются как синонимы. Наличие договорных отношений с каждой из сторон основного обязательства — один из признаков цифрового посредника.

Представляется возможным до формирования и совершенствования применения экономических инструментов антимонопольного регулирования квалифицировать пользовательское соглашение в качестве публичного договора. Услуги допуска к сетевой инфраструктуре и иным цифровым технологиям следует добавить к перечню сфер деятельности, в которых применяется публичный договор в соответствии со ст. 426 ГК РФ.

Кроме того, нивелировать укрепление доминирования операторов цифровых платформ может принцип технологической нейтральности, пока не получивший легального закрепления

в нормах российского права. Технологическая нейтральность означает совместимость различных технологий. То есть перенос облачных сервисов и данных с одной платформы на другую не должен влиять на работоспособность программ и создавать иные негативные условия для пользователя (например, в виде увеличения расходов). В ряде случаев пользователь вынужден продолжать пользоваться определенным сервисом при отсутствии возможности бесперебойного переноса данных, тогда как наличие такой возможности способствовало бы повышению конкуренции на цифровых рынках.

В контексте дополнительного механизма преодоления феномена зависимости цифровой платформы может быть приведен запрет предустановки приложений и иных программ на смартфоны и иные устройства. Соответствующие изменения, внесенные Постановлением Правительства РФ от 26 августа 2023 г. № 1399 в Постановление Правительства РФ от 18 ноября 2020 г. № 1867, распространяются на отдельные виды технически сложных товаров спустя три месяца со дня его официального опубликования. Предстоит формирование эффективной практики применения указанного запрета. Таким образом, цифровые платформы как ключевой элемент цифровой инфраструктуры должны быть открытыми для пользователей. Публично-правовым средством обеспечения открытости цифровых платформ является запрет злоупотребления доминирующим положением, который парадоксально приводит к укреплению доминирования операторов цифровых платформ. Частноправовая конструкция публичного договора в качестве временной меры на период совершенствования антимонопольного законодательства позволяет нивелировать негативные последствия и риски доминирования операторов цифровых платформ, предоставляя потребителю частноправовые способы защиты права в виде возможности к понуждению заключить договор.

2. Цифровой посредник как ключевой участник новых рыночных отношений

Субъектом общественных отношений, урегулированных Пятым антимонопольным пакетом, выступает «хозяйствующий субъект, владеющий цифровой платформой и обеспечивающий посредством ее использования совершение сделок между иными лицами».

Указанный субъект определяется опосредованно через категорию цифровой платформы, под которой законодатель понимает программу (совокупность программ) для электронных вычислительных машин в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет, обеспечивающую совершение сделок между продавцами и покупателями определенных товаров.

Приведенные формулировки позволяют поставить по меньшей мере два вопроса: почему законодатель не использует уже имеющиеся в правовом поле термины для обозначения цифровых посредников и почему субъектный состав регулируемых цифровых рынков сводится всего лишь к цифровым посредникам, не охватывая при этом деятельность иных правообладателей программ для ЭВМ? Почему вообще цифровая платформа отождествляется с программой для ЭВМ и какие правовые последствия возникают в связи с таким легальным определением?

Итак, в правовом поле существует множество терминов: «хозяйствующий субъект», «владелец агрегатора», «оператор информационной системы», «информационный посредник» и др. Соответствующие понятия схожи по смыслу, но не тождественны.

Хозяйствующими субъектами являются коммерческие организации, некоммерческие организации, осуществляющие приносящую доход деятельность, индивидуальные предприниматели, субъекты профессиональной деятельности. Закон о защите конкуренции допускает, что доминирующее положение на цифровых рынках может занять любой из них.

Владелец агрегатора — это организация либо индивидуальный предприниматель, которые являются владельцами программы для ЭВМ и (или) владельцами сайта и (или) страницы сайта в сети Интернет и которые предоставляют потребителю возможность ознакомиться с предложением продавца (исполнителя) и заключить с ним договор, а также произвести предоплату (преамбула Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»).

Здесь законодатель, очевидно, не отождествляет цифровую платформу с сайтами и страницами в сети Интернет, а также ограничивает организационно-правовые формы деятельности агрегатора. Под действие же Пятого антимонопольного пакета подпадают только владельцы цифровых платформ, которые при этом не ограничены организационно-правовыми формами юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

Понятие потребителя в законодательстве о защите конкуренции и о защите прав потребителей также различно. В зависимости от контекста под потребителями понимаются как лица, приобретающие услуги для личных и семейных нужд (потребители в узком смысле), так и заказчики по договорам оказания услуг, имеющие правовой статус субъектов предпринимательской деятельности (потребители в широком смысле) или не имеющие формального статуса субъекта предпринимательской деятельности, но де-факто осуществляющие такую деятельность (например, самозанятые), или иностранные лица, от которых личный закон не требует формализации статуса субъекта предпринимательской деятельности.

Делая промежуточный вывод о несовпадении категории агрегатора с цифровым посредником как субъектом применения норм Пятого антимонопольного пакета, переходим к анализу следующего понятия.

Информационный посредник — это (1) лицо, осуществляющее передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе в сети Интернет; (2) лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети; (3) лицо, предоставляющее возможность доступа к материалу в этой сети (п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ).

Правовой статус информационного посредника не связан с владением программой для ЭВМ и не имеет ограничений организационно-правовой формы. Первая особенность позволяет предположить, что категории информационного посредника и субъекта Пятого антимонопольного пакета также не совпадают, и продолжить исследование.

Оператор информационной системы — это гражданин или юридическое лицо, осуществляющие деятельность по эксплуатации информационной системы, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных. Владелец сайта — это лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети Интернет, в том числе порядок размещения информации на таком сайте (ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

Данные категории с субъектом Пятого антимонопольного пакета снова не совпадают, потому что наличие программы для ЭВМ не является их обязательным признаком, равно как и наличие организационно-правовых форм ведения предпринимательской деятельности.

В ряде случаев круг специальных субъектов шире, чем понятие «цифровой посредник», на которого распространяется действие Пятого антимонопольного пакета, хотя по умолчанию нормы Закона о защите конкуренции распространяются на всех хозяйствующих субъектов вне зависимости от сферы их деятельности и секторов товарного рынка.

С одной стороны, необходимость использования разных терминов продиктована целями и задачами правового регулирования разных сфер общественных отношений. С другой

стороны, многообразие терминов препятствует формированию единства в рамках правовой системы, что может необоснованно ограничивать субъектный состав регулируемых отношений и создавать неопределенность в правоприменении.

Примечательно, что законодатель последовательно исходит из организационно-посреднической функции оператора цифровой платформы. Во-первых, для целей антимонопольного регулирования и защиты прав потребителей не имеет значения, на каком основании (тителе) субъект владеет цифровой платформой. Во-вторых, действие перечисленных норм распространяется исключительно на посредников именно в юридическом смысле, т.е. на лиц, которые не участвуют в договорных связях между продавцами и потребителями, использующими цифровую платформу. Такие посредники действуют на основании договоров о предоставлении допуска к инфраструктуре, заключенных со всеми продавцами и потребителями.

В теории и на практике владелец платформы может выступать а) стороной договора оказания услуг, б) посредником на основании договоров оказания услуг или лицензионного соглашения с пользователем и с поставщиком услуг, а также в) одним из лиц на стороне поставщика услуг. Однако, по мысли законодателя, правовая природа цифрового посредничества в информационно-телекоммуникационной сети проявляется именно в техническом, инфраструктурном обеспечении деятельности третьих лиц. По крайней мере, только на цифровых посредников распространяются нормы Пятого антимонопольного пакета.

Для целей антимонопольного регулирования это означает, что статья 10.1 Закона о защите конкуренции (при соблюдении количественных и качественных критериев) распространяется на маркетплейсы и агрегаторы: *Wildberries, Avito, Lamoda, Aviasales*, «Яндекс.Такси», «Островок» и т.д., но не затрагивает цифровые экосистемы и цифровые сервисы в формате приложений, облачных хранилищ, социальных сетей, поисковиков, стриминговых услуг.

Подобное ограничение субъектного состава применения специальных норм является спорным, ведь цифровые сервисы и сетевые эффекты не исчерпываются услугами операторов платформ по допуску к сетевой инфраструктуре. К категории цифровых сервисов относятся по меньшей мере облачные хранилища и доступ к цифровому контенту в рамках стриминговых соглашений. Видимо, ко всем цифровым сервисам, кроме допуска к сетевой инфраструктуре, законодатель рассчитывает применять общие правила о запрете монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

Отметим, что тождественность понятий цифровой платформы и программы для ЭВМ научными исследованиями не подтверждена. Отдельные элементы сетевой инфраструктуры, к которым пользователь получает доступ, необязательно являются самостоятельными охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности, и не только правообладатель программы для ЭВМ потенциально может злоупотреблять доминирующим положением на цифровых рынках. Кроме того, функционал оператора платформы существенно шире, чем предоставление допуска к использованию программы. В пользовательских соглашениях распространенных цифровых платформ («Яндекс Услуги», *eBay* и др.) отсутствуют условия о передаче пользователю права использования результатов интеллектуальной деятельности. Функция оператора платформы состоит в предоставлении доступа на электронную площадку, где пользователи взаимодействуют.

Проблема правильной квалификации цифровой платформы с точки зрения объекта гражданских прав смежна с вопросом определения правовой природы договоров в цифровой среде. Если цифровая платформа является программой для ЭВМ, то пользовательское соглашение должно быть лицензионным договором, что вызывает ряд трудностей в правоприменении. Например, по смыслу п. 3 ст. 1235 ГК РФ в лицензионном договоре предполагается наличие

условий о территории, на которой допускается использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности, что в отношении глобальных цифровых рынков лишено смысла. Кроме того, специальная норма ст. 10.1 Закона о защите конкуренции при квалификации цифровой платформы в качестве программы для ЭВМ вступает в прямое противоречие со статьей 1229 ГК РФ, допускающей монополию обладателей исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Таким образом, субъектный состав специального антимонопольного регулирования отношений в цифровой среде не коррелирует с уже имеющимся легальным понятием цифровых посредников и не в полной мере вписывается в сложившееся регулирование использования результатов интеллектуальной деятельности.

3. Формы злоупотребления доминирующим положением цифрового посредника

Цифровые посредники, которые являются субъектами специальных норм Пятого антимонопольного пакета, призваны в первую очередь обеспечивать работоспособность и взаимодействие разных технических решений, совместимость, обработку и хранение данных, а также условия удаленного взаимодействия и коммуникации между пользователями. Роль цифровых посредников по отношению к пользователям цифровой платформы — организационная, инфраструктурная. Цифровые платформы под управлением операторов являются связующим звеном, местом взаимодействия пользователей.

В связи с этим возникает вопрос о том, возможно ли применение к деятельности цифровых посредников традиционных форм злоупотребления доминирующим положением, справедлива ли отсылка п. 1 ст. 10.1 к юридическим составам п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Учитывая, что специальные нормы ст. 10.1 Закона о защите конкуренции распространяются только на цифровых посредников, обратимся к анализу объективной стороны злоупотребления доминирующим положением. Могут ли формы злоупотребления доминирующим положением цифровых посредников совпадать с формами злоупотребления пользователями цифровых платформ? Может ли цифровой посредник совершить действия (бездействие), перечисленные в п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, к которой отсылает статья 10.1 Закона?

Как установлено выше, цифровой посредник не является участником правоотношений между пользователями цифровой платформы. Если агрегатор только предоставляет доступ к электронной площадке, то он не является участником «основного» договора, заключаемого через платформу между продавцом и потребителем. Так, пользовательское соглашение «Яндекса» предусматривает, что ничто в соглашении не может пониматься как установление между пользователем и «Яндексом» агентских отношений, отношений товарищества, или по совместной деятельности, или личного найма. С экономической и технологической точки зрения владелец агрегатора продолжает быть посредником, однако юридически отношения представительства отсутствуют. Цифровой посредник не ведет деятельность на рынке товаров, реализуемых посредством платформы.

Основным способом влияния оператора платформы на общие условия обращения товаров предполагается создание препятствий доступу хозяйствующих субъектов на соответствующие товарные рынки путем необоснованного отказа в предоставлении допуска к сетевой инфраструктуре как основному рынку сбыта. Влияние правообладателя платформы на определенный товарный рынок находится в прямой зависимости от количества продавцов и покупателей, использующих ее для заключения сделок. Однако возможно ли это влияние осуществлять посредством традиционных форм злоупотребления доминирующим положением? В частности,

может ли цифровой посредник устанавливать или поддерживать монопольно высокую или монопольно низкую цену товара, не обоснованно сокращать или прекращать производство товара? Ответ видится отрицательным. Цифровой посредник не участвует в заключении договора между продавцом и покупателем, а потому и влиять на товарный рынок может лишь посредством своего товара в экономическом смысле, т.е. своих услуг по допуску к сетевой инфраструктуре. Бизнес-модель цифровых платформ предполагает стандартизацию и автоматизацию процессов заключения и исполнения договоров. «Товаром» цифрового посредника является услуга по предоставлению доступа на платформу продавцам и покупателям. Пользовательские соглашения, как правило, заключаются по модели договора присоединения, который является пространственным механизмом среди субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке. В отношении данной услуги цифровой посредник потенциально может навязывать невыгодные или не относящиеся к предмету условия договора, необоснованно отказаться от заключения сделки, создать условия дискриминации или препятствия доступу на товарный рынок. При этом юридический состав «установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара» даже применительно к услугам самого оператора платформы представляется невозможным, поскольку услуги цифрового посредника, как правило, не являются платными и пользовательское соглашение не содержит условия о возмездности. На ценообразование товаров, реализуемых посредством платформы, оператор платформы по общему правилу не влияет, находясь вне правоотношений между продавцами и потребителями.

Бизнес-модель маркетплейсов и агрегаторов предполагает, что на цифровых платформах реализуются товары продавцов, которые не являются конкурентами для оператора платформы и по общему правилу не являются аффилированными с ним лицами. Общей технологической чертой всех договоров в цифровой среде является автоматизация определения условий договора. Оператор платформы с точки зрения субъективного критерия (формирования воли) в определении условий сделки между пользователями не участвует, однако технологически предоставляет автоматические средства для их определения. Соответственно, оператор-посредник даже не имеет интереса в осуществлении монополистической деятельности.

Таким образом, наблюдается противоречие. Субъектный состав Пятого антимонопольного пакета сводится лишь к цифровым посредникам, тогда как объективная сторона правонарушения предусмотрена для хозяйствующих субъектов — пользователей цифровой платформы.

Совершенно иная ситуация с деятельностью лица, контролирующего цифровую экосистему, в состав которой могут входить товары, взаимозаменяемые товарами конкурентов. В Решении Высшего Евразийского экономического совета от 11 октября 2017 г. № 12 «Об Основных направлениях реализации цифровой повестки Евразийского экономического союза до 2025 года» цифровая экосистема определяется как открытая устойчивая система, включающая субъекты цифровой экосистемы (физических, юридических, виртуальных и пр.), а также связи и отношения этих субъектов в цифровой форме на основе сервисов цифровой платформы. Например, *Apple* является цифровой экосистемой, которая включает магазин приложений *App Store*, сервис *Apple Music*, браузер *Safari* и пр., а *iOS* (“*i*” operating system) — это платформа, которая лежит в основе цифровой экосистемы. *Google* также является основой цифровой экосистемы, которая, кроме поисковой системы, предлагает ряд дополнительных онлайн-сервисов, включая браузер *Chrome*, почту *Gmail*, навигацию *Google Maps*, потоковую передачу *YouTube*, магазин приложений *Google Play*, покупки *Google Shopping* и путешествия *Google Travel*, переводчик *Google Translate*. *Apple Music* может конкурировать с «Яндекс Музыкаль» и аналогичными приложениями, *Google Translate* — с «Яндекс Переводчиком» и т.д.

Приведенная гипотеза подтверждается сложившейся судебной практикой применения антимонопольного законодательства к деятельности субъектов на цифровых рынках. Например, ФАС России при установлении злоупотребления доминирующим положением со стороны компании *Apple*, отметила, что магазин приложений *App Store* сталкивается с конкурентным давлением со стороны *Google Play* и что распространение приложений на *iOS* через *App Store* образует самостоятельный товарный рынок².

Кроме того, в Ежегодном обзоре основных судебных решений Европейского союза (*Yearly selection of major judgments*) содержится позиция, согласно которой злоупотребление доминирующим положением *Google* может выражаться в предоставлении предпочтений собственным сервисам для сравнения покупок и поисковым сервисам³.

При наличии экосистемы и конкурирующих цифровых продуктов разных экосистем речь пойдет скорее о недобросовестной конкуренции, что регулируется отдельной главой Закона о защите конкуренции, а не о монополистической деятельности. Однако Пятый антимонопольный пакет изменений в части регулирования недобросовестной конкуренции не содержит и в качестве субъекта предполагает цифрового посредника.

В этой связи представляется положительным зарубежный опыт. Например, Закон Японии от 1 февраля 2021 г. «О повышении прозрачности и справедливости особых цифровых платформ» (*Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms*) вводит разные понятия и разные количественные критерии для установления доминирующего положения маркетплейсов, операторов магазинов мобильных приложений и иных операторов особых цифровых платформ⁴.

Возвращаясь к российскому законодательству в контексте ограничения субъектного состава Пятого монопольного пакета цифровыми посредниками, отметим, что цифровые сервисы также обладают сетевым эффектом. Например, чем больше лиц используют облачное хранилище, тем больше усиливается доминирование правообладателя вычислительных мощностей, на основе которых функционирует такое хранилище. В этой связи целесообразно расширить субъектный состав отношений, регулируемых статьей 10.1 Закона о защите конкуренции, включив в него не только цифровых посредников, но и лиц, использующих любые цифровые сервисы и программы для ЭВМ в своей деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях. Квалификация возможного недобросовестного поведения поставщиков цифровых сервисов в соответствии с формами злоупотребления доминирующим положением, предусмотренными статьей 10 Закона о защите конкуренции, сомнений не вызывает.

Статья 10 Закона о защите конкуренции содержит открытый перечень форм злоупотребления доминирующим положением. Деятельность операторов платформ может образовывать юридические составы монополистической деятельности, прямо не поименованные в Законе о защите конкуренции. Например, таковым может быть ранжирование результатов поиска. Практике Европейской комиссии известно дело о наложении штрафа на *Google*, который,

² См.: решение ФАС России от 29 июля 2022 г. по делу № 11/01/10-30/2021; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 октября 2023 г. № 09АП-49806/2023 по делу № А40-206450/2022.

³ Case T-612/17 *Google and Alphabet v. Commission* (Google Shopping) <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-612/17&language=FR>. См. обзор дела *Google and Alphabet v. Commission* (Google Shopping) (T-612/17, under appeal, 68 EU: T: 2021:763) в Court of Justice of the European Union. (2021). *Annual Report 2021. Judicial activity* (pp. 292–294). European Union. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-07/qd-ap-22-001-en-n.pdf>

⁴ См. обзор ключевых позиций закона в брошюре: Digital Market Policy Office, Information Economy Division, Commerce and Information Policy Bureau. *Key Points of the Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms* (TFDPA) [Brochure]. Ministry of Economy, Trade and Industry of Japan. https://www.meti.go.jp/english/policy/mono_info_service/information_economy/digital_platforms/tfdpa.html

занимая доминирующее положение на рынке поисковых систем, в перечне результатов поиска сначала размещал сервисы аффилированных компаний, занижая предложения услуг конкурентов. *Amazon* также оказывал предпочтение своим продуктам по сравнению с продуктами конкурентов. Кроме того, на ряде платформ существует *endorsement badge* («значок одобрения») — знак качества, присваиваемый на основании автоматизированного анализа цены услуг, рейтинга исполнителя и количества завершенных заказов.

Установив проблемы правового регулирования монополистической деятельности в цифровой среде, обратимся к вопросам регулирования недобросовестной конкуренции. Требуется ли специальное регулирование недобросовестной конкуренции в цифровой среде или традиционные средства правового регулирования недобросовестной конкуренции применимы и к деятельности операторов платформ?

Из вышеизложенного следует, что сетевые эффекты приводят к монополизации цифровых рынков. В этой связи вопрос конкуренции среди цифровых посредников приобретает актуальность. В научной литературе отмечаются такие формы нарушения антимонопольных запретов цифровыми платформами, как «связывание» (*tying* — продвижение одного товара за счет другого) и предоставление преимуществ собственным продуктам (*self-preferencing*), несовместимость цифровых продуктов с целью «замыкания» пользователя в одной экосистеме, ценовой паритет в виде запрета на установление продавцами более низких цен на конкурирующих платформах (Arutyunyan, Verbeneva, 2022, 79–96). Часто услуги являются «побочным» продуктом, приобретению которого связано с покупкой товара. Например, компания *Apple*, контролируя операционную систему *iOS* и магазин приложений *App Store*, практикует предварительную автоматическую установку сервисов на реализуемые мобильные устройства либо, наоборот, допускает использование ряда сервисов только на устройствах своего бренда. Аналогично работает и компания *Samsung* через операционную систему *Android* и магазин приложений *Google Play*. На сегодняшний день такое поведение может быть квалифицировано как «иные формы недобросовестной конкуренции» по ст. 14.8 Закона о защите конкуренции. На пространстве ЕАЭС действует запрет включения в состав цифрового продукта дополнительных платных работ (услуг).

Впрочем, в указанных случаях речь идет скорее о цифровых сервисах, а не только о цифровом посредничестве. Если цифровой посредник не является одновременно оператором цифровой экосистемы, то он не является и конкурентом по отношению к пользователям платформы, что исключает наличие состава недобросовестной конкуренции. Операторы цифровых платформ могут конкурировать между собой только на рынке предоставления доступа к сетевой инфраструктуре.

Какие преимущества получает оператор цифровой платформы от монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции? Представляется, что ключевую роль снова играет сетевой эффект. Оператор, как правило, не взимает платы за свои услуги и заинтересован в привлечении наибольшего количества пользователей, что и создаст оператору платформы конкурентные преимущества. Чем больше пользователей на цифровой платформе, тем больше пользовательских данных обрабатывает оператор. Экономическая ценность данных, как правило, опосредуется через рекламу, которая выступает основным способом монетизации данных и позволяет реализовать имущественный интерес оператора платформы. Новые технологии позволяют создать рекламный продукт на основе информации о потребителях (история запросов, история покупок, геолокация, социально-экономические параметры и др.). Чтобы предложить наиболее релевантные услуги, система использует алгоритм, основанный на автоматическом прогнозировании интересов пользователей путем сбора информации о предпочтениях.

Таким образом, анализ объективной стороны состава правонарушения злоупотребления доминирующим положением подтверждает тезис о том, что не вполне логично ограничение специальных субъектов только категорией цифровых посредников. Кроме того, необходимо рассмотреть возможность формулировки специальных составов монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции в цифровой среде.

4. Критерии доминирования цифровых посредников

Отдельного внимания заслуживает практический вопрос применения количественных критериев к деятельности цифровых посредников для установления их доминирующего положения. Чтобы применять последствия злоупотребления доминирующим положением, необходимо правильно определять его критерии.

В.А. Вайпан акцентирует внимание на необходимости внедрения современных правил анализа рынков и контроля за экономической концентрацией в условиях развития цифровой экономики (Vajrap, 2017, 5–18).

Пунктом 1 ст. 10.1 Закона о защите конкуренции предусмотрен критерий доли сделок между продавцами и покупателями в стоимостном выражении не менее 35 % общего объема сделок, совершаемых на соответствующем товарном рынке.

Каковы границы этого товарного рынка? Применим ли традиционный подход для определения границ? Надлежащее определение товарного рынка и его границ, в том числе территориальных и границ связанных товаров, является необходимым для оценки доминирующего положения субъекта (Alferova, 2022, 69–82). Под товарным рынком понимается сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар и за пределами которой такая возможность либо целесообразность отсутствует.

Взаимозаменяемые товары — это товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении.

Цифровой посредник действует на рынке предоставления допуска к сетевой инфраструктуре. Платформа играет роль точки входа для потребителей по получению товаров и услуг, выходящих за пределы функциональности самой платформы. При этом специфика товаров, реализуемых посредством платформы, также имеет правовое значение. По данному основанию могут быть выделены, например, рынки агрегаторов такси или сервисы бронирования гостиниц. Например, Европейский суд исходит из того, что услуга *Uber* должна рассматриваться как транспортная⁵. Более сложным является вопрос установления территориальных границ рынка, потому что в цифровой экономике бизнес существует в глобальном масштабе, вне территориальных границ конкретного государства, а одним из оснований применения публично-правовых норм к иностранным лицам является критерий направленности (*targeting test*), который состоит в направленности деятельности лица на граждан той или иной юрисдикции.

Не менее дискуссионным является критерий выручки цифровых посредников: выручка хозяйствующего субъекта за последний календарный год превышает 2 млрд руб. Здесь необходимо вспомнить, что хоть цифровой посредник и действует в целях извлечения прибыли,

⁵ Court of Justice of the European Union. Press release No 136/17. Judgment in Case C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL* [Press release]. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170136en.pdf>

но пользовательские соглашения являются де-юре безвозмездными и опосредуют организационные неимущественные отношения между оператором платформы и ее пользователями. Такие соглашения направлены на организацию товарообмена и создание условий для возникновения в будущем имущественных отношений между пользователями платформы. Экономически услуги доступа к сетевой инфраструктуре являются возмездными, тогда как юридически данный признак отсутствует. Например, согласно п. 2.1 Пользовательского соглашения сервиса «Яндекс Услуги» он предоставляет бесплатную функциональную возможность размещения, поиска и просмотра объявлений и заказов пользователей, поиска исполнителей, откликов на заказы, а также иные возможности.

Многие услуги платформ предоставляются де-юре бесплатно и сами по себе не приносят дохода, однако де-факто встречным предоставлением вместо денежного платежа выступает разрешение пользователя на сбор и обработку его персональных данных. Например, потребители используют *Facebook* или *Google* бесплатно, а операторы указанных платформ монетизируют данные о пользователях.

Пользовательское соглашение самостоятельной экономической ценности не имеет. Правовая природа посредничества в информационно-телекоммуникационной сети проявляется в техническом, инфраструктурном обеспечении деятельности третьих лиц. Выручка оператора платформы непосредственно от заключения и исполнения пользовательских соглашений отсутствует. Выручка формируется, как правило, в результате монетизации пользовательских данных, которые используются для создания таргетированной рекламы, либо оператор платформы удерживает комиссию за совершение сделок на платформе. Выручка цифрового посредника формируется из источников, непосредственно не связанных с реализацией товаров на цифровой платформе и с услугами предоставления доступа. В этой связи необходимо уточнить источники формирования выручки, которые учитываются для целей установления доминирующего положения оператора платформы.

Дополнительно необходимо учитывать, что в ряде случаев цифровые посредники оказывают услуги по осуществлению расчетов между пользователями платформы и аккумулируют выручку пользователей на расчетных счетах. Покупая товары, пользователь перечисляет денежные средства агрегатору, а продавец (исполнитель) получает их только после выполнения своих обязательств перед пользователем. Например, *Avito* удерживает денежные средства, поступившие от покупателя, до момента доставки ему товара продавцом. Продавец получает оплату, когда покупатель подтвердит получение заказа в приложении. На практике расчетная функция операторов цифровых платформ может создавать трудности в определении выручки оператора для целей установления его доминирующего положения.

Таким образом, действующие количественные критерии установления доминирующего положения цифровых посредников не в полной мере соответствуют реалиям цифровой экономики и не учитывают специфику бизнес-моделей в цифровой среде.

Заключение

Формирование специального правового регулирования цифровых отношений направлено на адаптацию законодательства к условиям цифровой экономики, что является необходимым и соответствует мировым тенденциям. Вместе с тем возникают проблемы интеграции новых специальных норм в сложившуюся правовую систему. Так, применение традиционного механизма запрета злоупотребления доминирующим положением к операторам цифровых

платформ приводит к укреплению их доминирующих позиций, что не вполне соответствует основным принципам антимонопольного регулирования. Субъектный состав специального антимонопольного регулирования отношений в цифровой среде не коррелирует с уже имеющимися в законодательстве категориями (агрегаторов, информационных посредников и т.д.). Имеющиеся юридические составы злоупотребления доминирующим положением в большей части не подходят к деятельности цифровых посредников, а для иных цифровых сервисов и цифровых экосистем специальное регулирование и возможность применения сетевого эффекта отсутствуют вовсе. Действующие количественные критерии установления доминирующего положения цифровых посредников не в полной мере соответствуют реалиям цифровой экономики и не учитывают специфику бизнес-моделей операторов цифровых платформ. В целом привычные категории антимонопольного регулирования не всегда эффективны на цифровых рынках.

На основании изложенного целесообразно расширить субъектный состав отношений, регулируемых новыми специальными нормами Пятого антимонопольного пакета, включив в него не только цифровых посредников, но и лиц, предлагающих любые цифровые сервисы и работающих в рамках цифровых экосистем. Кроме того, в интересах потребителей публично-правовые механизмы антимонопольного регулирования необходимо развивать одновременно с расширением применения конструкции публичного договора.

Список литературы / References

1. Alferova, A. A. (2022). Behavioral economics as a tool for adapting antitrust legislation to the digital transformation of society. *Digital Law Journal*, 3(2), 69–82. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-69-82>
2. Arutyunyan, A. A., & Berbeneva, A. D. (2022). The evolution of antimonopoly regulation of digital platforms. *Digital Law Journal*, 3(3), 79–96. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-3-79-96>
3. Vajpan, V. A. (2017). Osnovy pravovogo regulirovaniya tsifrovoj ekonomiki [Legal basis for the digital economy]. *Pravo i ekonomika [Law and economics]*, (11), 5–18.
4. Ivanov, A. Yu. (2018). Kontrol' monopolizacii v usloviyah cifrovoj ekonomiki: pervaya chast' diskussii o pyatom antimonopol'nom pakete [Control of monopolization in the digital economy: the first part of the discussion on the fifth antimonopoly package]. *Zakon [The Law]*, (2), 106–119.
5. Srnicek, N. (2019). *Platform capitalism*. [M. Dobryakova & HSE University, Trans. & Ed.]. Izdatelsky dom Vysshej shkoly ekonomiki [HSE University Publishing House]. (Original work published 2017)

Сведения об авторе:

Ворникова Е.Д. — кандидат юридических наук, директор по правовым вопросам АО «Спецремонт», Москва, Россия.

VornikovaED@aosr.ru

Information about the author:

Ekaterina D. Vornikova — Ph.D. in Law, Legal Affairs Director, JSC “Spetsremont”, Moscow, Russia.

VornikovaED@aosr.ru