

**Владимир Сергеевич
БЕЛЫХ,**

заведующий кафедрой
предпринимательского
права Уральского
государственного
юридического
университета, доктор
юридических наук,
профессор, заслуженный
деятель науки РФ
belykhvs@mail.ru
620034, Россия,
г. Екатеринбург,
ул. Колмогорова, д. 54

**Мария Олеговна
БОЛОБОНОВА,**

преподаватель кафедры
предпринимательского
права
Уральского
государственного
юридического
университета
mbolobonova@bk.ru
620034, Россия,
г. Екатеринбург,
ул. Колмогорова, д. 54

**Кирилл Александрович
КОНЬКОВ,**

преподаватель кафедры
предпринимательского
права
Уральского
государственного
юридического
университета,
кандидат
юридических наук
kir-konkov@yandex.ru
620034, Россия,
г. Екатеринбург,
ул. Колмогорова, д. 54

© В. С. Белых,
М. О. Болобонова,
К. А. Коньков, 2020

ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ДОМИНИРУЮЩЕГО ПОЛОЖЕНИЯ В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ

Аннотация. В статье анализируется изменение подходов к определению доминирующего положения на цифровых рынках, рассматриваются проблемы конкуренции на рынках, особенности определения границ цифровых рынков, критерии для признания положения хозяйствующего субъекта, владеющего цифровой платформой, доминирующим. Авторы обозначают основные направления совершенствования антимонопольного законодательства в указанных направлениях. В работе также рассмотрены проблемы применения количественного критерия, что, в свою очередь, приводит к выводу о повышении роли качественных критериев определения доминирующего положения субъекта.

Развитие цифровой экономики вынуждает разрабатывать иные, альтернативные критерии. К таким альтернативным критериям можно отнести в том числе сетевые эффекты и режим доступа к большим данным. В этой связи авторы рассматривают понятие сетевого эффекта, его особенности. Обладание большими данными рассматривается как источник злоупотреблений в цифровой экономике.

Ключевые слова: цифровые рынки, антимонопольное регулирование, сетевые эффекты, большие данные, доминирующее положение, злоупотребление правом, «пятый антимонопольный пакет».

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.75.11.202-210

V. S. BELYKH,

*Head of the Department of Business Law,
Ural State Law University, Dr. Sci. (Law), Professor,
Honored Scientist of the Russian Federation*

belykhvs@mail.ru

620034, Россия, Yekaterinburg, ul. Kolmogorov, 54

M. O. BOLOBONOVA,

*Lecturer, Department of Business Law,
Ural State Law University*

mbolobonova@bk.ru

620034, Россия, Yekaterinburg, ul. Kolmogorov, 54

K. A. KONKOV,

*Lecturer, Department of Business Law,
Ural State Law University,
Cand. Sci. (Law)*

kir-konkov@yandex.ru

620034, Россия, Yekaterinburg, ul. Kolmogorov, 54

ISSUES AND PROSPECTS OF DETERMINING THE DOMINANT POSITION IN THE CONDITIONS OF THE DIGITAL ECONOMY

Abstract. *The article analyzes the change in approaches to determining the dominant position in digital markets. The authors indicate the main directions of improving the antimonopoly legislation in these directions. The paper also considers the problems of the quantitative criterion, which in turn leads to the conclusion about the increased role of qualitative criteria for determining the dominant position of the subject. The development of the digital economy forces us to develop other, alternative criteria. These alternative criteria include network effects and the mode of access to big data. In this regard, the authors consider the concept of a network effect, its features. In turn, the possession of big data is seen as a source of abuse in the digital economy.*

Keywords: *digital markets, antitrust regulation, network effects, big data, dominance, abuse of law, "fifth antitrust package".*

В условиях быстрого развития технологий и цифровизации экономики и предпринимательской деятельности антимонопольные ведомства всего мира неизбежно сталкиваются с проблемами несовершенства нормативно-правового регулирования и методологии исследования и анализа рынков при определении признаков нарушения антимонопольного законодательства.

Сложно переоценить воздействие цифровой экономики на одну из важнейших категорий антимонопольного права — «доминирующее положение».

Понятие «доминирующее положение» многоаспектно, включает экономический, правовой, доктринальные аспекты. Так, М. А. Егорова обосновывает тезис о том, что доминирующее положение как правовая категория не характеризует рыночное положение хозяйствующего субъекта, а представляет собой аналог рыночной власти¹. В свою очередь, Е. Ю. Борзило справедливо отмечает, что содержание понятия «доминирующее положение» постоянно остается в фокусе внимания как ученых-юристов, так и практиков². И не только.

Данное понятие, впервые будучи закрепленным в Законе РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», прошло долгий путь, изменяясь и совершенствуясь. Так, первоначально доминирующим могло быть признано положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке превышала 65 %. Если доля составляла от 35 до 65 %, хозяйствующий субъект признавался доминирующим при условии стабильности доли, наличии высоких входных барьеров, относительной неизменности долей других участников рынка. Одной из качественных характеристик доминирующего положения была возможность оказывать влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке или затруднять доступ другим хозяйствующим субъектам.

В последующем значение доли было снижено до 50 %, а в качестве одного из качественных (сущностных) критериев доминирующего субъекта стала признаваться возможность устранять с рынка других хозяйствующих субъектов.

Изменения в экономике в последние годы неизбежно приводят к пересмотру взглядов на доминирующее положение. Цифровые информационные технологии перевернули представления экономической теории о рыночной власти. Отставание экономической и, как следствие, правовой науки от реальной действительности, все более наполненной цифровыми сервисами таких транснациональных гигантов, как Google и Microsoft, приводит к нарастанию проблем правоприменения. Так, практика последнего времени показывает, что положение компаний, имеющих значительное влияние на рынок, используется зачастую во вред конкуренции и прогрессу, значительно затрудняет развитие альтернативных технологий и сервисов. Одно только дело Google, рассмотренное Федеральной антимонопольной службой России (ФАС России) в 2015 г., показало, насколько велик разрыв между традиционными представлениями о рынках и конкуренции и складывающимися в реальности экономическими отношениями конкурентов в цифровой экономике.

Во многом именно этим делом спровоцирована большая работа ФАС России по разработке так называемого «пятого антимонопольного пакета», облеченного в проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и иные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Проект).

¹ См.: Егорова М. А. Доминирующее положение хозяйствующего субъекта как правовой аналог его рыночной власти // Юрист. 2016. № 1. С. 5—13.

² Борзило Е. Ю. Эволюция определения «доминирующее положение» в российском антимонопольном законодательстве // Закон. 2018. № 10. С. 120—126.

Согласно Указу Президента РФ от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» в качестве одного из основополагающих принципов государственной политики по развитию конкуренции до 2020 г. было определено совершенствование антимонопольного регулирования в условиях развития цифровой экономики и ее глобализации в целях эффективного пресечения нарушений антимонопольного законодательства, носящих трансграничный характер, и повышения конкурентоспособности российских компаний на мировых рынках.

В Стратегии развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период до 2030 года (утв. протоколом Президиума ФАС России от 03.07.2019 № 6) модернизация антимонопольного законодательства для эффективного его применения в условиях цифровой экономики выделена в качестве основного направления деятельности антимонопольных органов³. Обращаем внимание — именно модернизация!

Несомненно, амбициозной задачей антимонопольных органов сегодня является противодействие нарастающей угрозе монополизации цифровых рынков с одновременным сохранением их инновационного потенциала.

До настоящего момента решение этой задачи происходит в условиях устаревшей нормативно-правовой базы, что не может не сказаться на эффективности работы антимонопольных органов. Нормативное определение количественных и качественных критериев и показателей доминирующего положения хозяйствующих субъектов в эпоху цифровых технологий составляет одну из ключевых задач современного антимонопольного правотворчества.

Анализ состояния конкуренции на товарном рынке сегодня производится ФАС России на основе Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке (утв. приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220). В этой связи рассмотрим ряд проблем конкуренции на рынках.

Первой проблемой традиционного анализа рынка согласно приказу № 220 является его неприспособленность в части определения продуктовых и географических границ рынка в цифровой сфере в силу как размытости географических границ, так и постоянного активного внедрения и распространения новых цифровых продуктов, непрерывного возникновения новых рынков и изменения продуктовых границ старых. Следует особо отметить несколько наиболее заметных особенностей определения границ цифровых рынков.

Во-первых, это необходимость учета того, является ли соответствующий цифровой рынок транзакционным или нетранзакционным. Нетранзакционные цифровые рынки характеризуются отсутствием прямого взаимодействия сторон цифровой платформы. Так, сервис интернет-поиска исключает взаимодействие пользователя и рекламодателя (который является основным источником дохода владельца платформы поиска). Таким образом, цифровая платформа находится «на стыке» двух рынков, напрямую не связанных, что приводит к необходимости анализа обоих рынков и роли цифровой платформы на каждом из них. Напротив,

³ См. также: *Белых В. С.* Модернизация российской экономики и предпринимательского законодательства: вопросы теории и практики : монография // под ред. А. И. Татаркина. Екатеринбург, 2011. 263 с.

транзакционный рынок ориентирован на прямое взаимодействие сторон (маркет-плейс, сервис заказа такси и т.п.). Это более напоминает традиционные рынки, но не дает повода относиться к ним с прежними «доцифровыми» подходами.

Во-вторых, большую роль при определении границ цифрового рынка приобретает анализ взаимозаменяемости товаров по спросу и (или) по предложению. Определение продуктовых границ взаимозаменяемости по спросу основывается на готовности покупателей при изменении цены или качества соответствующих товаров относительно друг друга заменить один товар другим.

Анализ взаимозаменяемости по предложению приобретает большое практическое значение постольку, поскольку цифровые платформы без существенных затрат и рисков готовы переключать предложение на иной товар (услугу), в отличие от традиционных участников рынка. Проводить анализ взаимозаменяемости товара, основываясь исключительно на физических свойствах товара или цене, уже нецелесообразно, так как это не отвечает потребностям цифровой экономики.

В-третьих, нельзя обойти вниманием тесную связь цифровых рынков между собой. Особенности определения границ товарного рынка в условиях тесной взаимосвязи рынков цифровой экономики хорошо иллюстрируются на примере расследования ФАС России в отношении Google.

Так, определяя границы товарного рынка в отношении Google, ФАС России детально проанализировал границы рынков: магазинов приложений (1-й рынок); мобильных устройств связи (смартфонов) (2-й рынок); интернет-торговли (3-й рынок). Их тесная связь и взаимозависимость приводят к уточнению географических границ рынка, что было бы невозможно сделать при анализе какого-либо из рынков изолированно. Такова методика анализа и расчетов.

Второй проблемой при определении доминирующего положения является неадекватность определения доли на рынке (*количественный критерий*) применительно к цифровой экономике. Прибыль и оборот компании в цифровую эпоху не всегда определяют силу рыночной власти этой компании, а структура рынка изменяется за очень короткие промежутки времени.

Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (с изменениями и дополнениями) разъяснено, что доминирующим может быть признано лишь положение субъекта с учетом его доли на рынке определенного товара. Исходя из изложенного, количественный критерий является обязательным при определении доминирующего положения хозяйствующих субъектов на рынке.

Между тем наличие определенной доли рынка не свидетельствует однозначно о доминирующем положении хозяйствующего субъекта⁴.

Обозначенные проблемы применения количественного критерия неизбежно приводят к выводу о повышении роли *качественных критериев* определения доминирующего положения. Однако они в существующем виде не отвечают специфике регулируемых отношений в условиях цифровой экономики.

⁴ Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н. Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта // Экономический журнал ВШЭ. 2007. № 4. С. 562—610.

Антимонопольное законодательство, Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке предполагают использование ограниченного перечня критериев, которые используются антимонопольным органом при определении доминирующего положения на рынке товаров. Развитие цифровой экономики вынуждает разрабатывать иные, альтернативные критерии. К таким альтернативным критериям можно отнести, в частности, сетевые эффекты и режим доступа к большим данным.

Пятый антимонопольный пакет предлагает под сетевым эффектом понимать 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).

Между тем предложенное определение сформулировано размыто, что может привести к существенным негативным последствиям в правоприменении. Например, недостаточно определены понятия «группа потребителей», «ценность товара». Эти и другие справедливые замечания, высказанные к разработчикам Проекта, препятствуют его принятию в ближайшее время.

Между тем сетевые эффекты действительно значимы, чтобы быть предметом анализа антимонопольных органов и научных исследований.

Известно, что возникновение понятия «сетевые эффекты» в науке связывают с работой Теодора Вейла начала XX в.⁵ Сетевые эффекты того времени анализировались в сфере продажи телефонных услуг: чем больше людей имеют телефон, тем более ценно для человека иметь телефон в доме.

Цифровая экономика и бизнес неотделимы от сетевых эффектов. Популярность сервиса или приложения (зачастую бесплатного) привлекает в него новых пользователей как той же категории, так и других пользователей. Например, сервис заказа такси тем популярнее у водителей, чем большее количество пассажиров пользуются им и чем, соответственно, больше заказов они могут получить. Также для пассажира сервис тем ценнее, чем большее количество водителей пользуются им и чем меньше время ожидания такси, чем больший выбор класса автомобиля и т.п.

Это классический пример косвенного сетевого эффекта, наиболее значительного в условиях цифровой экономики. Примером прямого сетевого эффекта (помимо ранее указанного и не вполне актуального примера с телефонами) являются социальные сети. Чем больше людей являются пользователями соцсети, тем больше новых пользователей она привлекает. Но социальная сеть генерирует и косвенные сетевые эффекты — увеличение числа пользователей приводит к росту числа рекламодателей, т.е. пользователей другой группы.

Характерная особенность сетевых эффектов — их *двунаправленность*. Сетевые эффекты положительно оцениваются потребителями, а также дают стимулы для менее значимых игроков создавать «разрушительные инновации», чтобы потеснить более успешного конкурента. В то же время сетевые эффекты зачастую приводят к несоразмерным издержкам на переключение на другую ци-

⁵ Вэриан Х. Р. Микроэкономика. Промежуточный уровень. Современный подход / пер. с англ. ; под ред. Н. Л. Фроловой. М. : Юнити, 1997.

фровую платформу или создают барьеры входа на рынок для конкурентов, что, безусловно, должно приниматься во внимание антимонопольными органами при анализе состояния конкуренции на рынке.

Обладание большими данными — еще один источник злоупотреблений в цифровой экономике. При больших массивах информации такие злоупотребления могут выражаться в навязывании контрагенту условий договора, не выгодных для него или не относящихся к предмету договора; в создании дискриминационных условий; в экономически или технологически необоснованных отказе либо уклонении от заключения договора⁶.

Вопрос о соотношении категорий «злоупотребление доминирующим положением» и «злоупотребление правом» до настоящего времени не нашел однозначного решения в юридической доктрине. М. А. Егорова рассматривает основные доктринальные подходы относительно соотношения категорий «злоупотребление правом» и «злоупотребление доминирующим положением», один из которых основывается на тождественности данных категорий, а второй, напротив, на их дифференциации, а также широкий спектр правоприменительной практики ФАС России⁷.

В связи с обозначенными возможностями злоупотреблений режим доступа к большим данным становится предметом исследования антимонопольных ведомств. Так, например, во Франции квалифицирован как злоупотребление доминирующим положением отказ компании продавать базу данных клиентам, которые используют программное обеспечение конкурента⁸.

Возникновение явно антиконкурентного поведения владельцев баз данных привело к смещению фокуса внимания при работе с большими данными с защиты персональных данных на обеспечение конкурентной среды.

Обозначенные проблемы ставят перед антимонопольным регулированием задачу переориентирования с количественных показателей рынка на качественные: наличие барьеров входа, наличие альтернативных путей для доступа к конечным потребителям, уровень инноваций. Необходима тщательная разработка доктрины сетевого эффекта с анализом его проконкурентных и антиконкурентных характеристик. Во внимание должно быть принято, что сетевой эффект не безусловно отрицательный фактор для конкуренции. В связи с этим необходимо принять меры к разработке возможности создания специального перечня критериев доминирующего положения на цифровом рынке.

Осознавая эти задачи, ФАС России в пятом антимонопольном пакете предлагает для признания положения хозяйствующего субъекта, владеющего цифровой платформой, доминирующим использовать *следующие критерии*:

⁶ Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху : Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции : монография / под ред. А. Ю. Цариковского, А. Ю. Иванова и Е. А. Войниканис. 2-е изд., испр. и доп. М. : ИД ВШЭ, 2019. 391 с.

⁷ Егорова М. А. Злоупотребление доминирующим положением как частный случай злоупотребления правом // Lex russica. 2018. № 4. С. 70—80.

⁸ URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

- цифровая платформа занимает долю более чем 35 % на рынке взаимозаменяемых услуг, оказываемых с использованием цифровых платформ, связанных с обеспечением взаимодействия хозяйствующих субъектов — продавцов и покупателей (количественный критерий);
- 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 (качественный критерий).

Предлагается также ограничить признание доминирующим положения хозяйствующего субъекта, владеющего цифровой платформой или несколькими сходными (взаимозаменяемыми) цифровыми платформами, выручка от деятельности которой (которых) за последний календарный год не превышает 400 млн руб.

К сожалению, стоит признать предлагаемые решения неудовлетворительными. Учитывая описанную ранее неопределенность в части понятий «цифровая платформа» и «сетевой эффект», установление соответствующих критериев в настоящий момент выглядит преждевременным, что отмечено во многих публикациях и заключении об оценке регулирующего воздействия на проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”» и подтверждает сложность задачи.

В науке высказываются и подходы, согласно которым цифровые рынки вообще не нуждаются в антимонопольном регулировании. Так, А. С. Ворожевич отмечает, что «на рынке обеспечивается инновационное развитие, стимулируется разработка новых технологий, активная коммерциализация разработки. <...> В антимонопольном регулировании в такой ситуации нет необходимости. Государственное вмешательство может лишь дестабилизировать рынок, что в конечном итоге негативным образом скажется на потребителях»⁹.

Указанный подход представляется излишне категоричным. Задачи антимонопольного регулирования не могут быть сведены лишь к поддержанию минимального уровня цен для потребителя (здесь, кстати, стоило бы уточнить, для какого потребителя). Совершенно справедливо названным автором замечено, что антимонопольным ведомствам и судам «крайне сложно отличить проконкурентную и антиконкурентную деловую практику в таких случаях». Однако сложность задачи — не повод устраняться от ее разрешения.

Безусловно, совершенствование механизмов антимонопольного контроля над цифровыми рынками должно быть взвешенным и обоснованным, однако отказаться от него столь категорично будет неверным, что и подтверждает непрекращающаяся дискуссия о формах антимонопольного контроля за цифровыми рынками. Пора от дискуссий переходить к полномасштабному нормативному регулированию соответствующих отношений в сфере цифровой экономики и опережающего развития информационных технологий.

⁹ Ворожевич А. С. Антимонопольный иммунитет для интеллектуальной собственности в России при построении цифровой экономики: отменить или сохранить? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 19. С. 55—70.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н.* Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта // Экономический журнал ВШЭ. — 2007. — № 4. — С. 562—610.
2. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху : Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции : монография / под ред. А. Ю. Цариковского, А. Ю. Иванова, Е. А. Войника-нис. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : ИД ВШЭ, 2019. — 391 с.
3. *Белых В. С.* Модернизация российской экономики и предпринимательского законодательства: вопросы теории и практики : монография / под ред. А. И. Татаркина. — Екатеринбург, 2011. — 263 с.
4. *Борзило Е. Ю.* Эволюция определения «доминирующее положение» в российском антимонопольном законодательстве // Закон. — 2018. — № 10. — С. 120—126.
5. *Ворожевич А. С.* Антимонопольный иммунитет для интеллектуальной собственности в России при построении цифровой экономики: отменить или сохранить? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. — 2018. — № 19. — С. 55—70.
6. *Вэриан Х. Р.* Микроэкономика. Промежуточный уровень. Современный подход / пер. с англ. ; под ред. Н. Л. Фроловой. — М. : Юнити, 1997.
7. *Егорова М. А.* Доминирующее положение хозяйствующего субъекта как правовой аналог его рыночной власти // Юрист. — 2016. — № 1. — С. 5—13.
8. *Егорова М. А.* Злоупотребление доминирующим положением как частный случай злоупотребления правом // Lex russica. — 2018. — № 4. — С. 70—80.