

Предписания как ключевой правовой инструмент для эффективного антимонопольного контроля

Аннотация. В статье исследуется правовое содержание предписаний антимонопольного органа в соотношении с иными правовыми механизмами, направленными на принуждение соблюдения хозяйствующими субъектами требований антимонопольного законодательства, прежде всего в соотношении с мерами юридической ответственности. Автор приводит результаты анализа правоприменительной практики, подходы, которые применялись антимонопольным органом в рамках пресечения злоупотреблений доминирующим положением и при осуществлении государственного антимонопольного контроля за экономической концентрацией. Обосновывается, что меры административной ответственности сами по себе направлены на наказание за совершенное правонарушение, в то время как изменение противоправного поведения на действия по обеспечению конкуренции определяются именно в предписании. В этой связи указывается на ключевой характер данной меры в антимонопольном регулировании и вносятся предложения по его совершенствованию.

Ключевые слова: антимонопольный орган, расследования, контроль за сделками слияния и поглощения, предписания, цифровые рынки.



Денис Александрович ГАВРИЛОВ,

кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), партнер, руководитель антимонопольной практики юридической фирмы Denuo
dagavrilov@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2022.95.7.023-028

DENIS A. GAVRILOV,

Cand. Sci. (Law),
Deputy Chair of Competition Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
partner, head of competition practice Denuo law firm
dagavrilov@msal.ru
9, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, Russia, 125993

Remedies as a key legal instrument for effective antitrust regulation

Abstract. The article includes study of antitrust authorities' prescription legal consistence including comparison with other legal enforcement mechanisms, especially with legal liability. Author presents the results of FAS practice analysis, the ways which were used by the regulator to indicate violations connected with abuse of dominance and during antimonopoly control of economic concentration. The author substantiates that the mechanism of

© Д. А. Гаврилов, 2022

administrative penalty itself is the mechanism of punishment but legal enforcement to change the behavior of the economic entity to provide competition can only be achieved by the effective remedies included in prescription. In this way the author believes Competition authority prescriptions is the key mechanism in antitrust regulation and shares his views regarding the development of such mechanism.

Keywords: *antitrust authority, investigations, mergers and acquisition control, prescriptions, digital markets.*

В определенный период развития антимонопольного органа и конкурентного права в России в целом стало очевидно, что в первую очередь необходимы стандарты соразмерной публично-правовой ответственности за нарушения антимонопольного законодательства в виде оборотных штрафов (шаг 1) и активации механизмов уголовно-правовой ответственности в исключительных случаях, когда речь идет о картелях (шаг 2).

Так, появление оборотных штрафов в рамках принятия первого антимонопольного пакета¹ стало, на наш взгляд, существенным прорывом в антимонопольном регулировании в России, олицетворяло первые качественные результаты по приведению законодательства в соответствие с лучшими мировыми практиками.

Таким образом, система мер публично-правовой ответственности была успешно налажена в рамках первых «нефтяных кейсов»² в части административной ответственности и в настоящий момент является устоявшейся в рамках пресечения злоупотреблений доминирующим положением и картельных сговоров на «классических» рынках. Механизмы административной ответственности продолжили точечное совершенствование в части дифференциации составов правонарушений, а также развития системы освобождения от ответственности. Совершенствуется практика применения уголовной ответственности за заключения картельных соглашений.

Вместе с тем развитие практики, появление все более сложных кейсов, все более масштабных сделок слияния и поглощения возвращает нас к переоценке значимости исходных правовых механизмов конкурентного права, которые были присущи антитрасту с его зарождения и становления. Это правовой механизм обязательных требований регулятора к субъектам хозяйствования о прекращении противоправного поведения, а также об изменении бизнес-практик на проконкурентные практики (behavioral remedies), и не абстрактно, а в форме конкретных требуемых действий по обеспечению конкуренции. Более того, это требования по демополизации в виде продажи активов, предоставления доступа к технологиям (structural remedies) и т.д.

Так, например, антимонопольные расследования в отношении глобальных цифровых компаний показали, что оборотные штрафы в российской юрисдикции,

¹ Федеральный закон от 09.04.2007 № 45-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС «КонсультантПлюс».

² См., например: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25.05.2010 № 16678/09 ; от 15.02.2011 № 12221/10, от 25.05.2010 № 16678/09.

с учетом в том числе и курсовых разниц, не могут сыграть исчерпывающей роли с точки зрения меры государственного принуждения к прекращению антиконкурентных практик и обеспечению конкуренции. Более того, само по себе обвинительное решение регулятора является лишь мотивированной констатацией антимонопольного правонарушения, а административная ответственность — мерой наказания за него. Однако проконкурентные правила поведения могут быть сформулированы именно в предписании, исполнение которого и должно являться окончательным и успешным результатом всего антимонопольного расследования.

Так, например, ФАС России было вынесено обвинительное решение в отношении Apple Inc., в соответствии с которым в качестве злоупотребления доминирующим положением были квалифицированы действия компании по включению дискриминационных требований для разработчиков B2C-приложений, приведших к существенному ухудшению функциональности приложений родительского контроля сторонних разработчиков и ограничению конкуренции разработчиков мобильных приложений родительского контроля для операционной системы iOS³. На основании данного решения ФАС России применила к компании оборотный штраф в размере 906 млн рублей за нарушение антимонопольного законодательства.

Однако ключевое значение, на наш взгляд, было выражено в предписании антимонопольного органа обеспечить для разработчиков приложений родительского контроля для операционной системы iOS организационную, техническую возможность разработки, создания, распространения приложений, обладающих необходимыми функциональными возможностями, включая возможности, утраченные вследствие допущенного правонарушения, а также прекратить дискриминацию сторонних разработчиков соответствующих видов приложений.

Здесь следует привести дело в отношении трансграничной платформы Booking.com, по итогам рассмотрения которого ФАС России признал злоупотреблением доминирующим положением действия платформы по навязыванию средствам размещения (объектам размещения), осуществляющим деятельность на территории Российской Федерации, невыгодных условий Соглашения о партнерстве с компанией Booking.com B. V. в части необходимости обязательного предоставления и соблюдения паритета цен, наличия номеров и условий во всех каналах продаж (распространения) гостиничных услуг (мета-поисковики, туристические агентства, другие агрегаторы, сайты средств размещения и пр.), а также в части условий взаимодействия средств размещения (объектов размещения) с закрытыми группами пользователей, которые приводят (могут приводить) к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на рынке услуг агрегаторов информации о средствах размещения, а также приводят (могут приводить) к ущемлению интересов средств размещения (объектов размещения) в сфере предпринимательской деятельности.

На основании данного решения антимонопольный орган применил к компании оборотный штраф в размере 1,3 млрд рублей за нарушение антимонопольного

³ URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/6f1f3bbc-1f9d-4440-bd2d-28add03ff905/>.



законодательства⁴. Вместе с тем представляется, что ключевое значение имеет предписание, выданное ФАС России по итогам антимонопольного расследования в отношении Booking.com по устранению требований «ценового паритета» для коммерческих потребителей данной цифровой платформы⁵.

Следует упомянуть и недавно завершённое антимонопольным органом расследование в отношении компании Google Inc., по итогам которого в качестве злоупотребления доминирующим положением были квалифицированы действия по установлению в Условиях использования Youtube, Условиях использования Google неопределённых положений, позволяющих произвольно и без уведомления (предупреждения) блокировать (удалять) любой аккаунт (контент) на сервисе видеохостинга Youtube (далее — Сервис). В настоящий момент штраф в отношении компании ещё не определён, так как не закончено рассмотрение дела об административном правонарушении.

Вместе с тем во многом прецедентным является выданное ФАС России предписание, содержащее поведенческие требования о составлении перечня оснований, доступных для ознакомления широкому кругу пользователей и не допускающих возможность неограниченного усмотрения, в соответствии с которыми Google LLC и лица, входящие с ним в одну группу лиц, вправе блокировать (удалять) аккаунты (контент) на Сервисе; и порядка уведомления (предупреждения) пользователей Сервиса (создателей аккаунтов, контента, каналов на Сервисе) о причинах блокировки (удаления) аккаунта (контента)⁶.

Однако если в случаях антимонопольных расследований монополистической деятельности, помимо предписаний, регулятор дополнительно применяет меры административного наказания в качестве механизма принуждения к прекращению правонарушения, то в рамках государственного контроля за экономической концентрацией предписания являются единственной базовой мерой по обеспечению конкуренции в случае положительного решения регулятора о согласовании сделки в совокупности.

При реализации данных полномочий ФАС России практика конструирования обязательных требований к сторонам сделки при её согласовании также имеет динамичное развитие и включает активное применение как поведенческих требований, направленных на недопущение злоупотреблений доминирующим положением, так и структурных требований в целях снижения уровня экономической концентрации на затрагиваемых сделкой товарных рынках.

Так, ФАС России по результатам рассмотрения ходатайства о согласии на сделку о «горизонтальном» слиянии двух федеральных торговых сетей принял решение о выдаче предписания, содержащего поведенческие условия, в том числе об установлении так называемых «нулевых» торговых наценок на социально значимые товары, а равно структурное предписание о прекращении торговой деятельности и передаче третьим лицам, не входящим в группу лиц с

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.05.2022 по делу № А40-195672/2021.

⁵ URL: <https://br.fas.gov.ru/cases/28df6ff0-bcdd-449e-8909-0d9c66700f0d/>.

⁶ URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/41fc98ee-fdc5-46bd-b4c8-11adac1ab4f5/?query=>.

каким-либо из указанных обществ, ряда торговых объектов в целях сокращения совокупной рыночной доли объединенной компании после совершения сделки⁷.

При этом важно отметить, что регулятор учитывал и добровольные предложения сторон сделки об обязательствах, которые были учтены в предписании.

Интересными представляются и поведенческие условия, которые были установлены ФАС России по результатам согласования сделки о «горизонтальном» слиянии двух нетранзакционных цифровых платформ в сфере взаимодействия работодателей и соискателей. Так, ФАС России обязал приобретателя не допускать необоснованных отказов любому пользователю сети Интернет в регистрации любой его программы для ЭВМ, которая будет в последующем взаимодействовать с сервисом API (использовать API) на программном уровне с объединенной цифровой платформой после сделки, для целей автоматизации процессов подбора кандидатов (резюме, вакансий) в базах данных платформы⁸.

В этой связи для эффективности предписаний антимонопольного органа представляется важным, чтобы их содержание отвечало принципам относимости к деятельности компаний на товарных рынках, затрагиваемых сделкой или правонарушением, и к предмету антимонопольного регулирования, принципам соразмерности рискам ограничения конкуренции, разумности и исполнимости с точки зрения экономической и технологической возможности исполнить данные требования в целом и в установленный срок. На необходимость соблюдения данных принципов прямо указано и в правовых позициях Пленума Верховного Суда РФ⁹.

Следует положительно отметить факт отражения данных принципов в разделе п. 4.3 разъяснений Президиума ФАС России, посвященных государственному антимонопольному контролю за экономической концентрацией (далее — Разъяснения Президиума ФАС) в совокупности с возможными подходами к дизайну поведенческих и структурных предписаний на основании примеров лучших практик¹⁰.

Для реализации указанных принципов, полагаем, должен быть внедрен правовой механизм так называемых добровольных обязательств (commitments) в рамках согласования сделок экономической концентрации и в рамках антимонопольных расследований. Это означает, что необходимо предоставить возможность компаниям самим взять добровольные обязательства на себя для обеспечения конкуренции и выработать механизм рассмотрения и обсуждения таких добровольных предложений.

Такой механизм по отношению к государственному контролю сделок экономической концентрации уже предлагался в рамках пятого антимонопольного пакета

⁷ URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-sotsialnoy-sfery-torgovli-i-neproduktivnykh-uslug/586db4d7-fe43-4d06-bc92-845c8a565a9c/>.

⁸ URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnykh-tehnologiy/701c596d-6eea-4f9b-842c-55e43236fe07/>.

⁹ См., например: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства». п. 54 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Разъяснение Президиума ФАС России № 19 «Об особенностях осуществления государственного антимонопольного контроля за экономической концентрацией» (протокол Президиума ФАС России от 11.06.2021 № 3) // URL: <https://fas.gov.ru/documents/687797>.



и реализуется на практике в соответствующей части, что подтверждается наличием специального раздела 4.2 в Разъяснениях Президиума ФАС.

Так, в Разъяснениях Президиума ФАС отмечается, что предложения должны носить конкретный характер и содержать описание обязательств, которые стороны готовы принять на себя для обеспечения конкуренции, а также могут содержать описание способов закрепления и исполнения указанных обязательств, включая необходимые сроки, пояснения относительно того, насколько эффективно предлагаемые обязательства в случае их исполнения позволят избежать негативных последствий для конкуренции в связи с совершением сделки.

Полученные предложения рассматриваются антимонопольным органом и могут быть учтены при принятии решения и выдаче предписания, в том числе могут являться основанием для признания сделок допустимыми, а обязательства могут быть имплементированы в содержание предписания.

Наконец, становится все более явной задача по переоценке имеющихся в настоящий момент правовых механизмов принуждения исполнения предписаний по антимонопольным делам и сделкам экономической концентрации. По сути, эти правовые механизмы отчасти, в определенной степени, остались неизменными со времени принятия первого закона о конкуренции. Полагаем, что имеющиеся в зарубежных правовых системах меры, в частности более высоких штрафов за неисполнение предписания по сделкам экономической концентрации (установлены в ст. 14 (2) Merger Regulation¹¹), могут быть приняты за основу с учетом экономических особенностей и при обязательном соблюдении принципа соразмерности наказания.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *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. — № 12.
2. *Иванов А. Ю., Войничанис Е. А.* Институт доверенного лица и антимонопольное регулирование цифровой экономики // Закон. — 2018. — № 7.
3. *Серегин Д. И.* Защита конкуренции как цель и средства ее достижения // Юрист. — 2019. — № 7.
4. *Gonzalez-Diaz F. E.* Negotiating the Remedy: A Practitioner's perspective // The Merger Control Review. Law Business Research Ltd. — 2020.
5. Remedies in Merger Cases // Policy Roundtable. — Doc. DAF/COMP (2011) 13. — OECD. — 2011.

¹¹ URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/txt/pdf/?uri=celex:32004r0139&from=en>.