

Резюме исследования об актуальных проблемах регулирования экосистем

Ноябрь 2021

ЦСР

Содержание

Введение	3	закреплением запрета отдельных случаев дискриминации?	17
Общие выводы	5	Нужно ли вводить требование прозрачности для экосистем?	17
Понятие и критерии цифровых экосистем	7	Пакетные предложения в экосистемах (bundling, tying)	18
Нужно ли понятие экосистемы в законе?	7	Особенности использования данных в экосистемах и платформах	19
Какие критерии стоит установить для экосистем/крупных платформ? Методологический аспект	9	Стоит ли запрещать экосистеме использовать данные, полученные ею в роли посредника, для конкуренции с иными коммерческими пользователями?	19
Заблаговременная квалификация субъекта в качестве экосистемы/крупной платформы или квалификация в процессе правоприменения?	10	Обязана ли экосистема обеспечить возможность для пользователей перенести свои данные в другую экосистему или на другую платформу?	20
Возможны ли универсальные критерии экосистем/крупных платформ?	10	Обязана ли экосистема предоставлять данные коммерческим пользователям, которые затрагивают их самих?	21
Подход к регулированию экосистем: нужен ли особый метод регулирования?	11	Стоит ли отдельно регулировать обязанность экосистемы обеспечить переносимость репутации пользователей?	22
Антимонопольное право или принципиально новый подход?	11	Ограничения для коммерческих пользователей по взаимодействию с клиентами вне экосистемы/платформы	22
Ключевые вопросы при введении нового метода регулирования	13	Защита прав потребителей экосистем/платформ	23
Открытый или закрытый характер экосистем?	15	Разрешение споров в экосистеме и платформе	23
Стоит ли вводить общее императивное требование об открытости экосистем?	15	Использование внутренних учетных единиц экосистемы/платформы	24
Какие могут быть исключения из требования к открытости экосистем?	16	Авторский коллектив	25
«Открытие» экосистем в части с установлением специальных условий и требований	16		
Ранжирование, дискриминация и прозрачность	16		
Зачем предусматривать отдельно запрет дискриминации со стороны экосистем, если такой запрет есть в антимонопольном праве?	16		
Стоит ли вводить общий запрет дискриминации со стороны экосистем или можно ограничиться			

Введение

Цифровизация экономики во всем мире сопряжена со стремительным развитием цифровых платформ, которые зачастую, укрепляя свое положение на рынке, выходят в новые сегменты, создавая целые экосистемы. На 2021 год крупнейшими экосистемами в мире по капитализации и числу пользователей являются американские и китайские компании. В России стремительно развиваются свои национальные экосистемы и, как и в других странах мира, идет активное обсуждение необходимости и целесообразности внесения изменений в законодательство, направленных на регулирование деятельности цифровых платформ и экосистем. Дискуссия о необходимости регулирования обусловлена возрастанием рисков для конкуренции, для конечных потребителей, бизнеса и в целом для государства.

При выборе подходов к регулированию экосистем и платформ необходимо найти баланс между сохранением стимулов к развитию цифровых рынков и защитой конкуренции и интересов потребителей/пользователей, равно как и публичных интересов государства и общества. Недостаточное внимание регулятора к цифровым рынкам может привести к их стремительной монополизации, однако введение слишком жесткого регулирования платформ может привести к снижению качества сервисов платформ и их конкурентоспособности по сравнению с мировыми гигантами, к снижению стимулов к разработке инновационных продуктов. Каждый из вариантов регулирования (введение обязательных норм, принятие рекомендательных руководств, отказ от регулирования) подразумевает смещение баланса рисков между участниками цифровых рынков. К числу рисков и положительных эффектов, связанных с развитием экосистем, можно отнести, например, следующие:

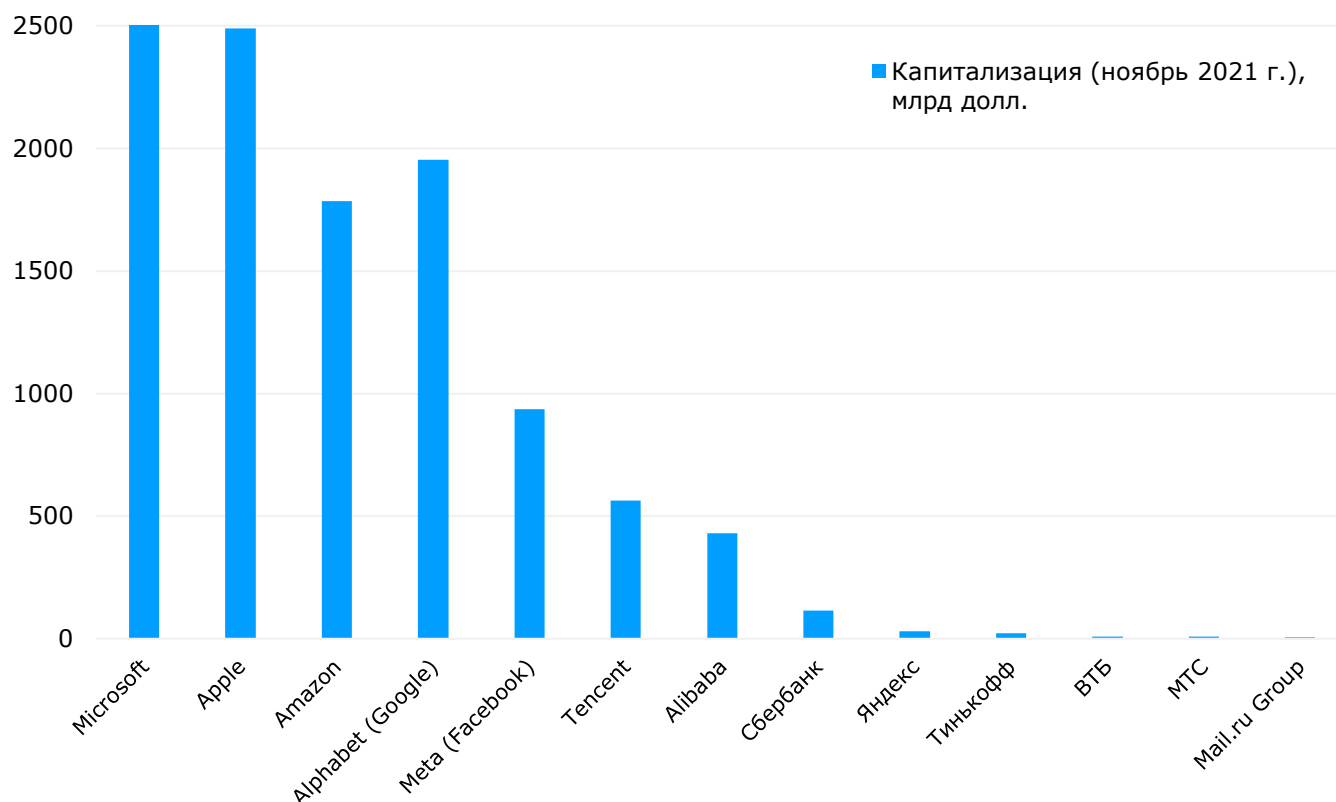
Риски



- высокие барьеры входа на рынки, где присутствуют экосистемы, в том числе за счет монополизации доступа к данным;
- ограничение выбора, снижение качества товаров и услуг после закрепления компании на рынке;
- «эффект запираения» пользователя внутри экосистемы, когда издержки переключения между экосистемами значимы;
- неопределенность в разграничении ответственности за безопасность и качество продукта или услуги между поставщиком и экосистемой/платформой;
- дискриминация платформой/экосистемой отдельных поставщиков, предоставление преференций собственным сервисам экосистемы и др.

Положительные эффекты

- возможность доступа к широкой клиентской базе, выхода на новые продуктовые и географические рынки, масштабирования бизнеса;
- возможность использования поставщиками сервисов платформы для выполнения части бизнес-процессов, что позволяет оптимизировать затраты;
- повышение доступности товаров и услуг для большего числа пользователей, увеличение ассортимента и возможности выбора;
- снижение издержек пользователей на поиск необходимых товаров и услуг за счет персонализированных предложений;
- удобство пользования экосистемой, объединяющей в себе различные сервисы на разных смежных рынках с минимальными транзакционными издержками для пользователей (единая аутентификация, совместимость сервисов и т.д.).

Крупнейшие мировые экосистемы США, Китая и России



Google	Apple	Amazon
		
87%	14-16%	32%
на рынке глобального интернет-поиска	на глобальном рынке смартфонов	на глобальном рынке облачной инфраструктуры
<ul style="list-style-type: none"> Поиск Браузер Интернет-реклама Мобильная ОС Магазин приложений Навигация 	<ul style="list-style-type: none"> Мобильные ОС Магазин приложений Браузер Навигация Аудиовизуальные сервисы «Умные» устройства 	<ul style="list-style-type: none"> Облачные технологии Онлайн ритейл Сервисы для продавцов и покупателей
Microsoft	Tencent	Alibaba Group
		
71%	41%	15%
на глобальном рынке настольных, планшетных и консольных ОС	времени использования мобильных приложений в Китае	на глобальном рынке электронной коммерции
<ul style="list-style-type: none"> ОС Софт для бизнеса Облачные сервисы Игры Интернет-поиск 	<ul style="list-style-type: none"> Социальные сети Музыкальные и веб-порталы Средства электронной коммерции Платежные системы Мобильные и онлайн-игры 	<ul style="list-style-type: none"> Розничная и оптовая торговля Логистика Потребительские услуги Облачные технологии Финансовые услуги и развлечения

Источник – ЦСР по данным открытых источников (Statista, Forbes, биржа NASDAQ, Московская биржа)

Общие выводы

В 2021 году в России началось более активное обсуждение возможных подходов к регулированию экосистем и цифровых платформ. Были опубликованы проект «Концепции общего регулирования деятельности групп компаний, развивающих различные цифровые сервисы на базе одной «экосистемы»¹, разработанный Минэкономразвития России (далее – «**Концепция Минэкономразвития России**»), и доклад для общественных консультаций Банка России «Экосистемы: подходы к регулированию»² (далее – «**Доклад ЦБ РФ**»), продолжается обсуждение пятого антимонопольного пакета, предполагающего внесение изменений в Федеральный закон от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. Кроме того, в настоящее время на базе Экспертного совета при ФАС России по развитию конкуренции в области информационных технологий цифровыми платформами совместно регулятором и представителями бизнеса разрабатываются «Принципы взаимодействия участников цифровых рынков» (далее – «**Принципы ФАС России**»). Данный документ не содержит дополнительных обязательств, а лишь раскрывает понимание применения текущих требований антимонопольного законодательства для случая цифровых платформ. Помимо принятия самих Принципов ФАС России, планируется разработать перечни добросовестных и недобросовестных практик поведения платформ. Планируется определить, какие практики можно считать, соответственно, допустимыми и разрешенными, а какие практики нарушают правила добросовестной конкуренции. Предполагается, что платформы смогут присоединиться к данному документу на добровольной основе, таким образом, его можно рассматривать как инструмент саморегулирования.



Отсутствие согласованного решения в России о способе регулирования обусловлено динамичным развитием цифровых рынков, разрозненностью интересов участников рынка, а также разнообразием предлагаемых подходов к регулированию в зарубежной практике, эффективность которых пока трудно оценить.

В рамках настоящего исследования изучен передовой опыт зарубежных стран (ЕС, Германия, Великобритания, США, Китай, Австралия). Наиболее решительные шаги по внесению изменений в законодательство и ужесточению требований к экосистемам и платформам предприняты на уровне ЕС и отдельно в Германии. Российским регуляторам необходимо выработать свой подход к формированию понятных правил деятельности экосистем и платформ, благоприятствующих инновационному развитию и не приводящих к снижению конкурентоспособности российских экосистем и платформ, с учетом рисков для всех сторон рынка. Кроме того, опираясь на зарубежный опыт регулирования, необходимо помнить, что цели и методы регулирования, принятого в отдельных странах, могут отличаться в зависимости от баланса присутствия на рынках национальных и зарубежных экосистем и платформ.

Для формирования этих правил необходимо ответить на ряд вопросов, основные из которых были обозначены в Докладе ЦБ РФ. В настоящем исследовании список этих вопросов дополнен, а также в их разрезе проанализирован зарубежный подход с целью выработки развилки для возможного регулирования в России.

¹ Проект «Концепции общего регулирования деятельности групп компаний, развивающих различные цифровые сервисы на базе одной «экосистемы» // https://www.economy.gov.ru/material/departments/d31/koncepciya_gos_regulirovaniya_cifrovyyh_platform_i_ekosistem/

² Доклад для общественных консультаций Банка России «Экосистемы: подходы к регулированию», апрель 2021 г. // https://www.cbr.ru/Content/Document/File/119960/Consultation_Paper_02042021.pdf

По результатам исследования получены следующие выводы:

1. Дополнительное регулирование может вводиться для всех платформ или только для экосистем и ограниченного круга платформ (гейткиперов), которые по количественным и качественным критериям занимают важное (стратегическое) место на рынке и обладают высокой рыночной властью на одном или нескольких связанных рынках. Мировой опыт показывает, что можно по-разному сочетать количественные и качественные критерии для платформ, экосистем и гейткиперов. Также квалификация субъекта как платформы, экосистемы или гейткипера может происходить по факту начала расследования при подозрении в нарушении (ex post регулирование) или до начала такого расследования (ex ante регулирование). Во втором случае может использоваться механизм самоопределения, когда компания сама решает, соответствует ли она критериям платформы/экосистемы/гейткипера, а может работать механизм государственного регулирования, когда антимонопольный орган будет самостоятельно проверять компании по критериям.
2. При введении качественно нового регулирования и установлении обязательств ex ante для экосистем необходимо определиться, включать ли его в систему антимонопольного регулирования или создать полностью обособленный режим sui generis. В России желаемое регулирование экосистем/платформ может быть достигнуто посредством совершенствования действующего антимонопольного права, поскольку это наиболее понятный путь, и ФАС России уже обладает определенными компетенциями в работе с цифровыми платформами (включая работу над пятым антимонопольным пакетом, Принципами ФАС России, опыт в антимонопольных разбирательствах с участием цифровых платформ).
3. В рассмотренных иностранных правовых порядках в законодательстве и концепциях пока отсутствует обязательная открытая модель для экосистем, которая бы распространялась на все сферы. Возможно, для России более правильным будет пока ограничиться введением такого требования в отношении определенного типа экосистем/платформ и в отношении конкретных ситуаций (для приложений/операционных систем/дополнительных услугах и, возможно, в иных случаях), в которых проблема закрытости экосистем уже проявила себя как препятствие для эффективного развития рынка.
4. Введение специального запрета дискриминации для экосистем, учитывая существование аналогичного запрета в антимонопольном праве, может быть обосновано в том случае, если соответствующий запрет будет применим к экосистеме независимо от того, занимает ли она доминирующее положение на соответствующем рынке или нет.
5. При решении вопроса связывания необходимо определить, следует ли предусмотреть общий запрет связывания в экосистемах (с теми особенностями, которые обуславливает метод регулирования экосистем – ex ante обязательства без учета конкретного вреда конкуренции и т.д.) или же стоит ограничиться конкретными ситуациями.
6. Существуют различные подходы к установлению условий (ограничений и обязанностей) по использованию данных в экосистеме: может быть установлена обязанность гейткиперов по публикации агрегируемых данных или введен запрет использовать такие агрегируемые данные при конкуренции с иными пользователями.
7. Необходимо уточнить допустимые пределы свободы договора, сторонами которого являются платформа/экосистема/гейткипер и коммерческие пользователи. Так, может быть введено обязательство платформы/экосистемы/гейткипера позволять коммерческим пользователям предлагать те же самые продукты и услуги конечным пользователям через сервисы электронной коммерции третьих лиц по ценам или на условиях, отличающихся от тех, что предусмотрены в сервисе электронной коммерции платформы/экосистемы/гейткипера.
8. Помимо вопросов конкуренции, нерешенными остаются вопросы о защите конечных потребителей и организации споров в экосистеме и платформе.
9. Необходимо общее регулирование криптоактивов, чтобы в последующем можно было предусматривать специальное регулирование криптоактивов внутри экосистем.

Понятие и критерии цифровых экосистем

Нужно ли понятие экосистемы в законе?

При рассмотрении вопроса о выработке понятия экосистемы и конкретных ее критериев необходимо учитывать цель, которую мы при этом преследуем. Экосистемы (оператор экосистемы) регулируются всем спектром отраслей законодательного регулирования, включая гражданское и антимонопольное право. Они попадают под сферу регулирования соответствующих отраслей в силу абстрактных формулировок правовых норм, устанавливающих правила поведения, для которых зачастую иррелевантны те или иные особенности субъектов общественных отношений, будь то экосистема, платформа, неплатформа или гражданин. Также на экосистемы уже сейчас распространяется и специальное регулирование платформ в случае, если экосистема включает в себя соответствующий тип платформ, отвечающий установленным законом критериям. Например, экосистема может включать в себя поисковую систему или агрегатор информации о товарах (услугах) с распространением на нее в соответствующей части правил Федерального закона от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» или Закона РФ от 07 февраля 1992 года № 2300-1 «О защите прав потребителей».

Введение понятия экосистемы в законодательство может быть оправдано необходимостью выработки специального правового регулирования, учитывающего специфику экосистем и порождаемых ими рисков. Такое регулирование должно быть уникальным и рассчитанным только на экосистемы. Доклад ЦБ РФ и Концепция Минэкономразвития России также следуют в целом этой логике, выделяя специфические для экосистем риски, которые требуют законодательного решения.

Прежде всего, появление экосистем создает угрозу для конкуренции на рынках, затрагивая при этом интересы всех субъектов, в том числе других экосистем, платформ, их коммерческих пользователей, потребителей, государства. Именно в части законодательства, обеспечивающего справедливую и свободную конкуренцию, можно рассматривать вопрос о введении специального понятия экосистемы и выработке ее критериев. В других сферах законодательства порождаемые экосистемами риски не являются уникальным. В этих случаях законодатель формулирует правила поведения для более широкого круга субъектов, включающего экосистемы, но не ограничивающегося ими, например используя понятие «платформа», а не «экосистема».

При выработке понятия экосистемы особый интерес представляют иностранные подходы к регулированию и определению экосистем и бигтех платформ, учитывающие именно уникальные риски, порождаемые технологическими концернами.

В европейском проекте регламента «О цифровых рынках» (Digital Markets Act; далее – «**DMA**»), опубликованном 15 декабря 2020 года, используется общее понятие гейткипер, которое привязывается к перечню ключевых платформенных услуг (сервисы электронной коммерции, поисковые системы, социальные сети, видеохостинговые платформы, коммуникационные сервисы, облачные сервисы, операционные системы, рекламные сервисы). При этом для установления тех гейткиперов, которые могут представлять реальные риски для справедливого и конкурентного рынка, предусматриваются качественные и количественные критерии.

В рамках европейского подхода понятие гейткипера фактически означает квалифицированную платформу, действующую в одной из перечисленных сфер, и при этом платформу достаточно крупную, чтобы оказывать влияние на рынок. При этом понятие экосистемы или критерии, которые с юридической точки зрения ограничивали бы понятие гейткипера только экосистемами, не закреплены. В то же время качественные и конкретизирующие их количественные критерии гейткипера так или иначе предполагают, что гейткиперами будут прежде всего экосистемы. Однако это предположение носит чисто фактический характер: сейчас мало платформ, не являющихся экосистемами, которые будут обслуживать более 45 млн пользователей в ЕС. При этом все же не всегда гейткипер по DMA будет экосистемой. В европейской доктрине на это уже неоднократно указывали, подчеркивая, что под регулирование могут попасть и просто крупные платформы, не входящие в экосистемы. Таким образом, гейткипер – это квалифицированная платформа, которая может быть, а может и не быть частью экосистемы. При таком подходе нет смысла в выделении отдельного понятия экосистем, так как все риски для рынка, которые хочет охватить законодатель, он охватывает понятием гейткипер как квалифицированной платформы, соответствующей установленным требованиям. Экосистема с количеством

пользователей в 40 млн ему кажется менее опасной, чем просто крупная платформа с количеством пользователей в 45 млн.

С другой стороны, можно сказать, что текущее определение гейткенера по DMA приводит к расширительному подходу к регулированию, поскольку охватывает не только экосистемы, но и крупные платформы. Неслучайно в европейской доктрине предлагается добавить еще один качественный критерий для определения гейткенера: присутствие сразу на нескольких рынках (или сферах бизнеса), жесткая вертикальная или иная интеграция, контроль над экосистемой как сетью взаимосвязанных и в значительной степени взаимозависимых видов экономической деятельности, осуществляемых разными компаниями (группами компаний) для создания одного или нескольких товаров или услуг, которые затрагивают одних и тех же пользователей и т.д. Тем не менее, в DMA пока указание на экосистемный характер включено не было; возможно, появится в будущем.

Схожие тенденции можно наблюдать в Великобритании применительно к цифровым платформам, которые определены как имеющие статус стратегического положения на рынке (SMS) и которые весьма напоминают гейткенов из DMA. Предложения по регулированию таких платформ не привязаны к понятию экосистемы. В целом в Великобритании предлагается регулировать различные цифровые платформы по-разному в зависимости от того, какую деятельность они осуществляют. При этом признается, что урегулировать все многообразие появившихся платформ единым образом невозможно.

Также следует отметить, что в Китае принято Антимонопольное руководство по платформенной экономике для предотвращения и пресечения действий цифровых платформ-монополистов независимо от того, образуют ли данные платформы экосистемы или нет.

Иной подход принят в Германии: приводится понятие суперплатформ как предприятия с выходящим за пределы одного рынка влиянием с установлением качественных критериев. Уже само понятие намекает на то, что наличия одной платформы недостаточно. Также среди качественных критериев, учитываемых при квалификации предприятия как суперплатформы, указывается вертикальная интеграция предприятия и его деятельность на иным образом связанных друг с другом рынках. Поэтому прежде всего понятие суперплатформ касается экосистем. Причем немецкое законодательство предусматривает «экосистемность» как признак не только фактически, как это делает DMA через количественные критерии, а вводит «экосистемность» в качестве правового признака.

Таким образом, при регулировании новых рисков, порождаемых экосистемами и бигтех компаниями, российский законодатель стоит перед развилкой: стоит ли вводить понятие экосистемы или можно ограничиться понятием квалифицированной платформы. В обоих случаях будут схожие качественные и (при необходимости) количественные критерии. Отличие будет заключаться лишь в условии присутствия/влияния на нескольких взаимосвязанных рынках, объединенных общей целью, как необходимого условия для применения специализированного законодательства. Если мы довольствуемся категорией квалифицированной платформы (просто имеющей существенное влияние на отдельный рынок), то этот признак не является необходимым. Если же мы считаем нужным ограничить сферу действия специального законодательства лишь экосистемами, то такой признак будет неотъемлемым условием. В итоге основная проблема состоит не в словоупотреблении «экосистема», «гейткениер», «суперплатформа» и т.д., а в признании юридической релевантности признака присутствия/влияния на нескольких взаимосвязанных рынках.

Представляется, что практическое значение законодательного закрепления этого признака будет во многом сглаживаться за счет иных критериев, которые могут уже с фактической точки зрения означать ограничение регулирования экосистемами (например, потому что такое количество пользователей есть только у экосистем). Критерий присутствия на нескольких рынках несколько утрачивает свою принципиальность в силу того, что многие обязательства для гейткенов/суперплатформ и т.д. касаются именно влияния на смежные рынки. Это одновременно и индикатор того, что именно присутствие/влияние на нескольких взаимосвязанных рынках является сущностным фактором, порождающим необходимость в специальном регулировании, и того, что практическое значение выделения этого критерия невелико. Но для экосистем такие обязательства не будут иметь весомого значения, а значит, не будут их и ограничивать. Косвенно на то, что регулироваться могут как

экосистемы, так и просто крупные платформы, указывает Доклад ЦБ РФ, в котором утверждается возможность выделения «нового субъекта регулирования (цифровой платформы, экосистемы) ...»³.

Таким образом, возможными представляются два варианта закрепления понятия экосистемы. Первый – ввести понятие экосистемы с указанием на ее присутствие/влияние на нескольких взаимосвязанных рынках как конституирующего признака. Второй – ограничиться понятием платформы с установлением особых квалифицированных качественных и количественных признаков, которые бы учитывали специфику порождаемых бигтех платформами рисков. Выбор между этими вариантами упирается в непростую задачу правильного подбора качественных и количественных критериев для определения экосистем/крупных платформ.

Какие критерии стоит установить для экосистем/крупных платформ?

Методологический аспект

Более принципиальным является вопрос о том, какие критерии стоит установить в отношении экосистем и платформ, чтобы это позволило минимизировать порождаемые ими риски для справедливого и конкурентного рынка за счет введения специального правового регулирования. Для этого необходимо решить следующие задачи.

Во-первых, актуальным является методологический вопрос о видах критериев, устанавливаемых для определения экосистем/крупных платформ. Это могут быть качественные и количественные критерии, только качественные или только количественные.

В европейском DMA предусмотрены и качественные, и количественные критерии. При этом при соответствии платформы количественным критериям возникает презумпция ее соответствия также и качественным критериям. Однако эта презумпция является опровержимой. Тем самым значение количественных критериев несколько снижается, на что обращалось внимание и в европейской доктрине.

В Германии применяются только качественные критерии при определении суперплатформ, но в доктрине в упрек этому ставят правовую неопределенность, приводя в качестве положительного примера DMA.

Действительно, европейский подход представляется более сбалансированным, чем немецкий. В отсутствие количественных критериев правоприменителю не от чего отталкиваться, при этом наличие качественных критериев позволяет принимать во внимание особенности рынков и динамику конкуренции на них. В связи с этим в качестве базового предпочтительно взять европейский метод установления критериев.

Во-вторых, главная проблема – какие именно следует установить качественные и количественные критерии. Подробнее вопрос об установлении возможных конкретных критериев был рассмотрен в полной версии настоящего Исследования в рамках описания иностранного опыта (см. особенно опыт ЕС и Германии).

Представляется, что выработка конкретных критериев – предмет уже более поздних дискуссий, переходить к которым до определения общей методологии пока преждевременно. В то же время общее представление о возможных критериях нам дает иностранный опыт, где доктрина уделяет проблематике экосистем несравненно большее внимание.

В-третьих, дискуссионным является вопрос о введении открытого или закрытого перечня критериев. В DMA перечень качественных и количественных критериев, а также обстоятельств, используемых для опровержения статуса гейткенера, является закрытым.

В Германии Законом против ограничения конкуренции (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; далее – «**ГВБ**») в отношении суперплатформ, напротив, установлен открытый перечень качественных критериев с указанием отдельных примеров, которые подлежат учету в первую очередь. При этом одновременное наличие всех этих критериев необязательно, достаточно лишь части из них, что отличает немецкое регулирование от DMA. В Великобритании также предлагается открытый перечень критериев. Таким образом, вопрос

³ URL: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/119960/Consultation_Paper_02042021.pdf (дата обращения: 06.08.2021). С. 33.

определения статуса экосистемы/крупной платформы в большей степени отдается на усмотрение соответствующего регулятора или суда.

Представляется, что законодатель должен стремиться к введению закрытого перечня качественных и количественных критериев. Качественные критерии сами по себе являются каучуковыми, предоставляя правоприменителю необходимую гибкость. Закрепление открытого перечня качественных критериев может вовсе привести к неограниченному усмотрению. К тому же при ином подходе лишаются смысла количественные критерии, которые бы создавали презумпцию соответствия качественным критериям.

В-четвертых, спорным является вопрос о том, стоит ли привязываться к конкретным видам услуг/платформ. Например, установить, что качественные и количественные критерии релевантны только для поисковых систем, сервисов электронной коммерции, социальных сетей и т.д.

Соответствующая привязка предусматривается DMA, который привязывает понятие гейткипера к закрытому перечню ключевых платформенных услуг. Такое решение DMA обосновывается тем, что именно в соответствующих сферах порождаются наибольшие риски для конкуренции и свободного рынка.

В то же время в Германии такой привязки не предусмотрено и регулированием «суперплатформ» охватываются, по сути, любые цифровые платформы во всех сферах услуг.

Представляется, что не следует закреплять закрытый перечень видов услуг/платформ, к которым будет применяться регулирование экосистем. Юридически релевантными должны быть прежде всего качественные и количественные критерии, универсальные для всех видов деятельности на цифровом рынке. Ограничение регулирования конкретными сферами может привести к неравному регулированию и лоббизму.

Заблаговременная квалификация субъекта в качестве экосистемы/крупной платформы или квалификация в процессе правоприменения?

Неоднозначным является вопрос о том, будут ли экосистемы квалифицироваться как таковые заблаговременно, еще до этапа применения к ним специального регулирования в виде обязательств/запретов, учитывающих специфику порождаемых экосистемами рисков для справедливого и конкурентного рынка.

В DMA предполагается заблаговременная квалификация. В Германии предприятие может быть квалифицировано как суперплатформа уже по факту совершения им запрещенного действия. В Докладе ЦБ РФ указывается на перспективу определения регуляторного органа, в полномочия которого будет входить ведение реестра экосистем/платформ⁴.

Очевидно, что как заблаговременная квалификация, так и квалификация уже в процессе правоприменения имеют свои преимущества и недостатки. В Германии общественный интерес ставится выше интересов потенциальных экосистем в правовой определенности. На первом этапе предпочтительным кажется все же создать необходимую правовую определенность для участников рынка. В то же время при выборе европейского подхода при регулировании необходимо учитывать риск незаблаговременной оценки экосистемы со стороны контролирующих органов или же сокрытия о своем статусе со стороны экосистемы, чтобы отсрочить момент применимости к ней нового законодательства (в Докладе ЦБ РФ предлагается платформам самим осуществлять эту функцию⁵).

Возможны ли универсальные критерии экосистем/крупных платформ?

Достаточно спорным является и другой вопрос – о возможности выработки универсальных критериев экосистем, применимых ко всем ситуациям, порождаемым их специфическими рисками.

⁴ URL: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/119960/Consultation_Paper_02042021.pdf (дата обращения: 06.08.2021). С. 33.

⁵ URL: https://www.cbr.ru/Content/Document/File/119960/Consultation_Paper_02042021.pdf (дата обращения: 06.08.2021). С. 33. Вероятно, имеется в виду модель, подобная проекту DMA, где потенциальный гейткипер должен заявить о своем статусе, но также возможна и инициатива со стороны уполномоченных органов.

Возможным подходом является точечное решение отдельных вопросов наряду с установлением общих критериев, которые бы решали все иные, не урегулированные специальным образом ситуации. Примером является установление обязательного открытого характера экосистем в части платежных сервисов, как это было предусмотрено в Германии применительно фактически к Apple Pay. Вместо общих качественных критериев суперплатформ используется конкретный количественный критерий – 2 млн пользователей. В то же время в Германии можно встретить критику подобного решения, продиктованного политическим стремлением продвигать интересы национальных платежных сервисов.

Точечное решение вопросов с установлением специальных критериев достаточно сильно подвержено риску конъюнктурных решений, которые могут стать преждевременными в среднесрочном периоде. Поэтому более безопасным представляется остановиться пока на выработке общих универсальных критериев экосистем/квалифицированных платформ, которые уже впоследствии могут быть дополнены специальным регулированием отдельных аспектов, если будет обнаружена и обоснована такая необходимость.

Подход к регулированию экосистем: нужен ли особый метод регулирования?

Антимонопольное право или принципиально новый подход?

Вопрос об особом подходе к регулированию экосистем актуален применительно к тем качественно новым особенностям и рискам, которые связаны только с экосистемами (или квалифицированными платформами при широком подходе). Как было указано ранее, экосистемы/квалифицированные платформы порождают новые риски для построения справедливых и конкурентных рынков.

Обеспечение защиты конкуренции входит в цели и предмет антимонопольного права. Из этого вытекает логичное предположение, что именно антимонопольное регулирование в виде Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» должно содержать надлежащий ответ на порождаемые экосистемами риски. Если же действующие нормы антимонопольного права не способны должным образом учесть особенности общественных отношений с участием экосистем и квалифицированных платформ, то кажется последовательным внести изменения в антимонопольное законодательство. Общий метод антимонопольного права и его общие нормы все еще могут быть актуальны для качественно новых участников рынков и порождаемых ими рисков. Введение особого правового регулирования в таких условиях противоречило бы основам систематики законодательного регулирования и предполагало бы необходимость дублирования многих положений из антимонопольного законодательства, не говоря уже о сложности восприятия релевантной по существу правоприменительной практики по антимонопольным делам (в пределах, не противоречащих особенностям экосистем).

С другой стороны, можно сказать, что общественные отношения с участием экосистем/крупных платформ представляют собой настолько новый предмет регулирования, что он обуславливает потребность и в принципиально ином методе регулирования, отличном от метода антимонопольного права. Несмотря на то, что регулирование экосистем и антимонопольное регулирование направлено на одну цель – обеспечение конкурентности рынков (хотя для экосистем нередко говорят и о цели обеспечения справедливости рынка, что, однако, является самостоятельной темой для дискуссии), особенности общественных отношений все-таки могут обуславливать и специфику метода и оправдывать тем самым создание регулирования экосистем *sui generis*.

Таким образом, при рассмотрении вопроса о подходе к регулированию экосистем необходимо ответить на следующие вопросы:

1. Оптимально ли для регулирования специфических рисков экосистем действующее антимонопольное законодательство?
2. Можно ли добиться оптимального регулирования изменением антимонопольного законодательства или будет необходимо выработать принципиально новое регулирование?

В зарубежных правовых порядках дискуссия имеет более напряженный характер и зачастую высказываются принципиально полярные точки зрения.

В европейском DMA была признана необходимость создания специального регулирования под квалифицированные платформы (гейткиперов). Антимонопольное право, как правило, может применяться в случае установления наличия доминирующего положения и установления факта злоупотребления доминирующим положением. При этом важной особенностью антимонопольного права является то, что оно применяется преимущественно *ex post*, то есть уже по факту совершения недозволенных действий. Отказ от метода антимонопольного права обусловлен следующими причинами:

- антимонопольное право преимущественно нацелено на борьбу с провалами рынка в ситуации, когда на рынке присутствует одна доминирующая компания или несколько участников рынка коллективно доминируют, а также в случае установления антиконкурентных соглашений;
- применение норм антимонопольного права зачастую происходит *ex post*, то есть уже по факту совершенных действий, может быть недостаточным для обеспечения защищаемых законом интересов;
- применение антимонопольных норм требует тщательного и длительного экономического и правового анализа, что означает продолжительность всей процедуры и возможную необратимость монополизации;
- провалы рынка не могут быть преодолены через применение норм антимонопольного права в случае, когда такие провалы связаны не с определенным антиконкурентным поведением крупной платформы/экосистемы, а обусловлены особенностями платформенной бизнес-модели в целом;
- существующие нормы антимонопольного права не охватывают все случаи недобросовестных практик со стороны крупных платформ/экосистем, которые не всегда направлены на достижение цели по ограничению конкуренции.

Предлагаемый в DMA новый метод регулирования сводится к следующему:

- устанавливается специфика определения условий вмешательства: вместо установления доминирующего положения или антиконкурентного соглашения вводятся качественные и количественные критерии;
- не применяются такие атрибуты антимонопольного права как оценка конкретной специфики отдельного дела, по общему правилу достаточно количественных критериев;
- закрепляется перечень обязательств гейткиперов без привязки к цели или факту нарушения конкуренции со стороны гейткиперов;
- применяется формальная процедура – квалификация провайдера платформенной услуги в качестве гейткипера и возложение на него обязательства активного или пассивного характера без учета специфики конкретного дела и вреда для конкуренции.

В итоге DMA предусматривает, по сути, установление обязанностей крупных платформ/экосистем *ex ante*. Если провайдер платформенных услуг был квалифицирован в качестве гейткипера, то он должен соблюдать установленные в DMA обязательства. При этом закрепление *sui generis* режима гейткиперов в DMA не означает, что к ним не применимо антимонопольное регулирование. Нормы DMA и нормы антимонопольного права применяются совместно, сочетая *ex ante* и *ex post* воздействие.

В европейской доктрине неоднозначно восприняли подход DMA. Утверждается, что установления обязанностей *ex ante* можно было бы добиться, оставаясь в русле антимонопольного права и подчеркнув тем самым применимость прежних наработок доктрины и судебной практики к новым вопросам, возникающим в связи с регулированием отношений с участием гейткиперов.

В Великобритании также склоняются к отказу от совершенствования сугубо антимонопольного регулирования и к разработке *sui generis* режима для регулирования деятельности цифровых платформ. Это выражается, в том числе, во введении *ex ante* мер регулирования, а не более свойственных для антимонопольного регулирования мер *ex post*.

По сути, по такому пути и пошла Германия в новом § 19a GWB. Регулирование предприятий с выходящим за пределы одного рынка влиянием, квалифицированных в качестве суперплатформ, осуществляется в рамках антимонопольного регулирования. В то же время, в немецкой доктрине обращается внимание на принципиальные отличия метода регулирования суперплатформ от классического антимонопольного регулирования. Вместо анализа причинения вреда конкуренции устанавливаются общие обязательства для суперплатформ, что размывает границы между антимонопольным правом и режимом *sui generis* (особого рода). Однако, немецкий § 19a GWB в отличие от проекта DMA допускает возложение ответственности на суперплатформу лишь после того, как уполномоченный орган запретил конкретное действие (то есть не действует общий *ex ante* запрет), и при этом суперплатформа может привести аргументы в пользу оправданности своих действий. При рассмотрении обоснованности действий суперплатформы может учитываться и вред конкуренции (хотя и не всегда).

В целом можно отметить, что подход DMA и немецкого § 19a GWB не сильно отличается. Хотя немецкий законодатель включил регулирование суперплатформ в сферу антимонопольного права, его отличия от метода антимонопольного права столь значительны, что можно было бы говорить о регулировании *sui generis*. В то же время общая привязка к антимонопольному праву все равно может быть полезна, так как при формулировании качественных критериев суперплатформы используется терминология антимонопольного законодательства. Различия европейского, английского и немецкого подходов сглаживаются также за счет того, что в любом случае к гейткиперам/суперплатформам остается применимо общее антимонопольное право в субсидиарном порядке.

В США, в свою очередь, был разработан ряд законопроектов, направленных на ужесточение норм именно антимонопольного законодательства в отношении цифровых платформ.

В России желаемого регулирования экосистем/платформ можно было бы попробовать добиться совершенствованием действующего антимонопольного права, но без революционных изменений, не создавая режим *sui generis*, чуждый антимонопольному законодательству. По сути, здесь последует отказ от специального регулирования экосистем. В России действующее общее антимонопольное право в меньшей степени готово к вызовам цифровой экономики, чем антимонопольное право Германии (даже без учета § 19a GWB). В Германии уже несколько лет закреплены особенности определения доминирующего положения на многосторонних рынках, в то время как в России до сих пор 5-й антимонопольный пакет находится на стадии обсуждения. Однако стоит учитывать, что хотя в законодательстве Германии и в правоприменительной практике ЕС уже относительно наработаны конструкции противодействия антимонопольным вызовам цифровой экономики, DMA и § 19a GWB все равно (несмотря на недовольствие части доктрины) исходят из их недостаточности и предлагают качественно новое регулирование гейткиперов и суперплатформ. Так что возможно и нам следует ожидать того, что одного 5-го антимонопольного пакета не хватит.

Однако при введении качественно нового регулирования и установлении обязательств *ex ante* для экосистем необходимо определиться, включать ли его в систему антимонопольного регулирования или создать полностью обособленный режим *sui generis*. Включение нового института в рамки антимонопольного права может быть предпочтительней, так как в любом случае при формулировании критериев экосистем и установлении обязательств для них используется понятийный аппарат и опыт правоприменительной практики антимонопольного права. Это подтверждается как немецким регулированием, так и проектом DMA, где большинство обязательств гейткипера основаны на антимонопольных спорах.

Представляется, что в любом случае, независимо от того, оставаться ли при регулировании экосистем в русле антимонопольного права, или же создавать вовсе новую отрасль законодательства, предполагается внедрение нового метода регулирования.

Ключевые вопросы при введении нового метода регулирования

При имплементации нового метода регулирования необходимо будет решить также ряд принципиальных вопросов его реализации.

Во-первых, следует определиться с механизмом предъявления специальных требований к экосистемам. Это может быть общее возложение обязательств без необходимости указания регулятором на запрет совершения

каких-либо конкретных действий (DMA), или подход, при котором антиконкурентные действия должны быть прекращены лишь по факту получения соответствующего предписания от антимонопольного органа (немецкий подход).

Предпочтительной является первая модель регулирования, заложенная в DMA, ввиду изложенных в полной версии настоящего Исследования недостатков немецкого подхода.

Во-вторых, необходимо понять, может ли экосистема привести аргументы в пользу ее освобождения от предусмотренных специальных обязательств/запретов? Если да, то какие это могут быть основания и как должен быть сформулирован перечень – как открытый (Германия) или как закрытый (ЕС)?

Если исходить из необходимости наиболее эффективного сдерживания экосистем, то оптимальным является европейский подход, который при этом существенно упрощает правоприменение (хотя и здесь возможны каучуковые основания для освобождения, как это предусмотрено в самом DMA).

В-третьих, наиболее спорным является вопрос о том, какие именно обязательства/запреты должны в порядке *ex ante* возлагаться на экосистемы.

Этот вопрос – дело уже дальнейших обсуждений после того, как появится определенность по принципиальным вопросам. При этом является спорным вопрос, насколько нам нужно опираться на перечни в других правопорядках, учитывая наличие в России собственных развитых экосистем, в то время как, например, европейское регулирование во многом нацелено на сдерживание монополизации со стороны иностранных бигтех компаний.

В настоящее время российским регулятором совместно с цифровыми платформами и представителями бизнеса на базе Экспертного совета при ФАС России по развитию конкуренции в области информационных технологий разрабатываются Принципы ФАС России. Документ не будет иметь нормативного статуса, но их принятие должно способствовать повышению прозрачности, открытости цифровых рынков и обеспечению защиты прав и интересов всех их участников, включая потребителей, поставщиков и владельцев цифровых платформ. Присоединяясь к Принципам ФАС России, участники цифровых рынков подтверждают намерение следовать правилам разумности и добросовестности деятельности цифровых платформ при осуществлении своей хозяйственной деятельности. Инициативу по разработке Принципов ФАС России поддержали как представители малого бизнеса, взаимодействующие и продвигающие свои товары и услуги через платформы, так и представители самих платформ.

В числе обсуждаемых базовых принципов взаимодействия участников цифровых платформ:

- разумная открытость цифровых платформ;
- нейтральность отношения к различным сторонам рынка (включая конкурентов);
- обеспечение самостоятельности пользователей платформ при взаимодействии с ней;
- недопущение расширительных и двусмысленных формулировок в правилах работы цифровых платформ;
- обеспечение прав пользователей платформы, в том числе путем рассмотрения их обращений и предоставление им полных ответов⁶.

⁶ Официальный сайт ФАС России // <https://fas.gov.ru/news/31434>

Открытый или закрытый характер экосистем?

Стоит ли вводить общее императивное требование об открытости экосистем?

Вопрос о введении обязательной открытости экосистем является одним из самых сложных. С одной стороны, открытость экосистем – важный фактор в обеспечении справедливого и конкурентного рынка. С другой стороны, введение обязательной открытости экосистем чревато лишением преимуществ от возможности создать закрытую экосистему. К этим преимуществам относится стимулирование сильной конкуренции между самими экосистемами, стимулирование инвестиций и инноваций, размер которых будет отражать ожидания от будущей прибыли, повышенная совместимость (в смысле оптимального взаимодействия) различных компонентов экосистемы как условия для лучшего клиентского опыта и безопасности, уход от проблемы фрирайдерства со стороны третьих лиц.

В рассмотренных иностранных правовых порядках в законодательстве и концепциях пока не включена обязательная открытая модель для экосистем, которая бы распространялась на все сферы. Вместо этого устанавливается регулирование частных, хотя и наиболее важных случаев, когда встает вопрос об обязательной открытости.

Так, в европейском DMA, например, сформулировано требование позволять установку и эффективное использование приложений и магазинов приложений третьих лиц, использующих или взаимодействующих с операционной системой гейткенера, предоставлять коммерческим пользователям и провайдерам дополнительных услуг доступ и обеспечивать взаимодействие с операционной системой, устройством и программным обеспечением, которые доступны или используются самим гейткеном при предоставлении дополнительных услуг. То есть принцип открытости экосистем реализуется лишь в ограниченной степени.

В немецком § 19a GWB предусматривается запрет осуществлять меры, которые ведут к исключительной предустановке или интеграции предложений суперплатформы, а также препятствовать или усложнять другим предприятиям продвижение их предложений или доступ к клиентам через иные каналы, отличные от тех, которые предоставлены суперплатформой.

В Великобритании регулятор призывает к точечному подходу, основанному на расследовании конкретных ситуаций на цифровых рынках. В целом, поддерживается открытый характер платформ, однако это не означает, что регулирование будет развиваться в направлении требования всеобщей открытости. Высказывается мнение, что однозначная выгода от открытости платформ далеко не гарантирована.

В США не выработана однозначная позиция по требованиям к открытости экосистем. В то же время есть тенденция движения в пользу модели открытой экосистемы. Разработан законопроект, по которому доминирующим платформам запрещается осуществлять дискриминацию, в том числе отказывать в доступе к платформе конкурентам.

В Китае признается, что в текущее время пока не стоит вводить обязательную открытость экосистем и вместо этого следует совершенствовать антимонопольное законодательство. В настоящее время рассматривается множество дел по этой проблеме.

В Докладе ЦБ РФ и Концепции Минэкономразвития России, в свою очередь, в качестве одной из мер регулирования экосистем предлагается ввести требование об открытой модели в отношении доминирующих экосистем.

Возникают опасения, что Доклад ЦБ РФ и Концепция Минэкономразвития России спешат в предложении реализовать императивную открытую модель экосистем. Возможно, следует пока ограничиться введением такого требования в отношении определенного типа экосистем/платформ и в отношении конкретных ситуаций (для приложений/операционных систем/дополнительных услугах и, возможно, в иных случаях), в которых проблема закрытости экосистем уже проявила себя как препятствие для эффективного развития рынка. В ином случае возникает риск избыточного регулирования и игнорирования возможных преимуществ закрытых экосистем, которые не во всех случаях могут быть меньше, чем выгода от императивной открытой модели.

Какие могут быть исключения из требования к открытости экосистем?

Из императивной модели открытой экосистемы (в части экосистемы/в определенных ситуациях) следует допустить исключения, как это делают, например, DMA или § 19a GWB. Например, DMA указывает, что у гейткенера должна сохраняться возможность осуществлять пропорциональные меры по обеспечению того, что приложения или магазины приложений третьих лиц не поставят под угрозу целостность устройства или операционной системы этого гейткенера. Это в том числе может оправдывать закрытость экосистемы, если закрытость необходима для обеспечения качества и безопасности продукта. § 19a GWB допускает неприменимость запретов к суперплатформам при наличии разумного обоснования. В случае с запретом исключительной предустановки или интеграции таким обоснованием может быть то, что предустановка или интеграция необходимы для функционирования операционной системы устройства или для пользования ключевыми функциями устройства (камера, телефон, уведомления, управление данными и т.д.). Аналогичные правила действуют и в отношении магазинов приложений.

При этом необходимо избежать риска того, что экосистемы начнут использовать исключения также и искусственным образом, чтобы уйти от императивной открытой модели экосистем. В связи с этим необходимой будет дополнительная проработка обстоятельств, которые с учетом интересов всех участников рынка (в том числе потребителей продукта, заинтересованных в качественном и безопасном продукте) действительно будут оправдывать исключение для конкретной экосистемы. Такие исключения не должны создавать для нее конкурентных преимуществ.

«Открытие» экосистем в части с установлением специальных условий и требований

Дополнительно следует обсудить возможное специальное регулирование частных случаев «открытия» экосистем с установлением особых требований к экосистеме/конкретному сервису. Примером является «закон Apple Pay» в Германии, который мы рассмотрели в части про немецкий опыт и где устанавливается единственный количественный критерий в 2 млн пользователей.

Указанный подход восходит к общей проблеме о возможности универсального регулирования экосистем. Само по себе «открытие» экосистем в части представляется целесообразным методом, который уже реализован в немецком законодательстве (см. выше), и планируется к реализации в DMA. Однако установление особых дополнительных критериев как условий для реализации требования об открытости экосистемы в специальной части представляется поспешным. Пока предпочтительным будет придерживаться общего подхода, который может быть скорректирован в последующем, если практика покажет такой запрос.

Ранжирование, дискриминация и транспарентность

Зачем предусматривать отдельно запрет дискриминации со стороны экосистем, если такой запрет есть в антимонопольном праве?

Введение специального запрета дискриминации для экосистем, учитывая существование аналогичного запрета в антимонопольном праве, может быть обосновано в том случае, если соответствующий запрет будет применим к экосистеме независимо от того, занимает ли она доминирующее положение на соответствующем рынке или нет. В этом случае на первый план выступают различия между методом антимонопольного права и методом регулирования экосистем при воплощении подхода установления обязанностей *ex ante*.

Например, гейткениер по DMA необязательно будет занимать доминирующее положение на рынке ключевой платформенной услуги (если вообще такой рынок можно выделить). В то же время это не значит, что экосистема не сможет дискриминировать вообще ни на одной платформе/ином сервисе. Обязательства по DMA в ст. 5 и 6 привязываются именно к ключевой платформенной услуге гейткениера, от которой и высчитывается минимально необходимое число пользователей для квалификации провайдера ключевых платформенных услуг в качестве гейткениера (45 млн пользователей в ЕС). По этой логике запрет дискриминации на рынке

поиска в Интернете мог бы устанавливаться не только для субъектов, которые занимают доминирующее положение, но и для поисковых систем с количеством пользователей в России, допустим, 14 млн человек (условный ориентир в ~10 % от населения) и при условии соблюдения всех иных качественных и количественных критериев (в т.ч. влияние на нескольких взаимосвязанных рынках, если ограничить регулирование только экосистемами, а не просто большими платформами). В Германии, к примеру, запреты суперплатформам, в т.ч. запрет дискриминации/предпочтения собственных сервисов, также не привязываются к доминирующему положению на соответствующем рынке.

Одной из главных целей введения специального регулирования экосистем (гейткиперов, суперплатформ, которые в большинстве случаев будут экосистемами) является установление запретов/обязательств на тех рынках, на которых они (пока) не занимают доминирующего положения. Именно этот фактор в значительной степени обуславливает необходимость в особом методе регулирования.

Стоит ли вводить общий запрет дискриминации со стороны экосистем или можно ограничиться закреплением запрета отдельных случаев дискриминации?

Дискриминация может осуществляться в самых различных формах, ряд которых мы рассматриваем в настоящем Исследовании в самостоятельных подразделах. Но насколько будет оправданным запрет всяких форм дискриминации со стороны экосистем?

DMA, например, не вводит общего запрета дискриминации специально для гейткиперов. Вместо этого он ограничивается закреплением запрета отдельных видов дискриминации. Например, DMA предусматривает обязательство гейткипера воздерживаться от дискриминации при ранжировании продуктов и сервисов третьих лиц в угоду собственному бизнесу.

При подготовке регулирования в Германии также указывалось на преждевременность установления общего запрета дискриминации, который может обладать избыточным регуляторным эффектом. Подчеркивалось, что для дискриминации могут существовать различные экономически обоснованные причины и переложение на экосистемы во всех этих случаях бремени доказывания оправданности дискриминации является неоправданным. Тем не менее, в принятом абз. 2 § 19a GWB для суперплатформ устанавливается более общий, по сравнению с DMA, запрет оказывать предпочтение собственным предложениям по сравнению с предложениями конкурентов при посредничестве доступа на рынках приобретения и реализации. Дискриминация при ранжировании является лишь одним из примеров действия такого запрета. Он может быть опровергнут указанием на обоснованные причины для такой дискриминации, но бремя доказывания будет лежать на суперплатформе. В то же время и этот запрет нельзя назвать универсальным: он касается только ситуации, когда суперплатформа оказывает услуги посредничества в доступе на рынки приобретения и реализации. Если суперплатформа выступает не в роли такого посредника, то запрет не действует.

В антимонопольном праве действует общий запрет дискриминации, однако это не означает, что аналогичный вывод будет справедлив и для экосистем. Учитывая реализацию метода *ex ante*, абстрагирование от доминирующего положения и отказ от анализа конкретных обстоятельств, введение специальных обязанностей для экосистем должно иметь строго ограниченный характер. Для них будет продолжать действовать общий запрет дискриминации в антимонопольном праве, который будет дополняться специальным запретом дискриминации с особым правовым режимом в отношении конкретных случаев дискриминации, которые на практике представляют наибольшую опасность.

Нужно ли вводить требование прозрачности для экосистем?

Вопрос об обязательной прозрачности, особенно прозрачности алгоритмов, принципов ранжирования является спорным.

Европейский регламент P2B⁷ для обеспечения прозрачности и предсказуемости ранжирования предусматривает, что операторы (провайдеры) онлайн-поисковых систем обязаны раскрывать описание приоритетных параметров, которые определяют механизм ранжирования всех проиндексированных сайтов, включая причины, почему выделяются именно эти приоритетные параметры. Аналогичные требования установлены и в отношении посредников (провайдеров) онлайн-информационных услуг. В DMA указано, что раскрытие информации по Регламенту P2B будет дополнять установленный в проекте запрет дискриминации при ранжировании.

В Германии в отношении суперплатформ не предусмотрено специального требования к прозрачности алгоритмов. Соответствующее требование установлено лишь в отношении тех платформ, которые являются посредниками при выдаче журналистских публикаций и могут влиять на общественное мнение. То есть здесь целью выступает уже не обеспечение конкурентного и справедливого рынка, а обеспечение свободы многообразия мнений по общественно значимым вопросам.

В Австралии регулятор также отмечает недостаточную прозрачность на рынке онлайн-рекламы и отсутствие раскрытия алгоритмов ранжирования рекламных объявлений.

При решении вопроса о введении требования прозрачности для экосистем возникает вопрос, как далеко должна простираться такая обязанность. Представляется, что она не может выходить за рамки тех случаев, когда мы предусматриваем специальный запрет дискриминации для экосистем. Иной подход нарушал бы баланс интересов и подрывал возможность сохранения коммерческой тайны (в широком смысле) для экосистем. Более того, запрет дискриминации может существовать и в отсутствие требований о прозрачности, хотя это и делает его реализацию более сложной на практике.

Также необходимо понять, является ли такое требование уникальным для экосистем или его следует распространить на все платформы или хотя бы часть платформ – маркетплейсы, поисковые системы и т.д.? Регламент P2B ограничивается распространением требования прозрачности лишь на часть субъектов и лишь в отношении ранжирования.

Представляется, что сначала нужно рассмотреть возможность введения обязанности прозрачности для отдельных платформ касательно ранжирования. Прозрачность будет обеспечивать необходимый минимум защиты для пользователей платформ, которые смогут понимать, дискриминируют ли их и если да, то на каких условиях. В этом случае установление специальной обязанности для экосистем будет избыточным.

Пакетные предложения в экосистемах (bundling, tying)

В России запрет практик связывания может быть выведен из общего запрета злоупотребления доминирующим положением (ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»). В связи с этим может возникнуть вопрос о целесообразности введения специального запрета связывания для экосистем.

Решение указанного вопроса может быть осуществлено по аналогии с тем же вопросом о введении специального запрета дискриминации для экосистем, учитывая наличие общего запрета в антимонопольном праве. Здесь возникают те же самые проблемы.

Актуальность специального запрета для экосистем может вытекать из общих свойств специального метода регулирования экосистем, отличающего его от антимонопольного: отсутствие требований к доминирующему положению, уход от оценки обстоятельств конкретного дела (хотя бы как общее, опровержимое правило с бременем доказывания на стороне экосистемы) и т.д.

⁷ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (Parламент (EC) 2019/1150 Европейского парламента и Совета от 20 июня 2019 г. о продвижении справедливости и прозрачности для бизнес-пользователей онлайн-посреднических услуг) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R1150> (дата обращения: 09.08.2021).

Здесь также возникает вопрос о том, следует ли предусмотреть общий запрет связывания в экосистемах (с теми особенностями, которые обуславливает метод регулирования экосистем – ex ante обязательства без учета конкретного вреда конкуренции и т. д.) или же стоит ограничиться конкретными ситуациями.

В европейском DMA не предусмотрен общий запрет на практики связывания. Есть запрет для гейткиперов на отдельные пакетированные предложения, в частности, на требования к пользователям по подписке или регистрации в других ключевых платформенных услугах как условия для доступа, входа или регистрации к какому-либо иным ключевым платформенным услугам.

В то же время в немецком § 19a GWB такой запрет есть. Там предусматривается запрет суперплатформам обуславливать пользование предложением суперплатформы автоматическим использованием другим предложением суперплатформы и ставить пользование предложением суперплатформы в зависимость от пользования другим ее предложением.

На данном этапе представляется предпочтительным осторожный подход DMA. В любом случае останется применим общий запрет связывания при наличии ограничения конкуренции субъектом, занимающим доминирующее положение. К установлению же обязательств ex ante (если мы исходим из целесообразности применения такого метода) необходимо подходить осторожно, чтобы не создать излишнее регулирование в тех сферах деятельности экосистем, где риски пока не столь очевидны. Тем не менее, данное суждение еще требует дополнительной проработки и нельзя исключать, что в ходе дискуссии оптимальным будет признан общий запрет.

Особенности использования данных в экосистемах и платформах

Стоит ли запрещать экосистеме использовать данные, полученные ею в роли посредника, для конкуренции с иными коммерческими пользователями?

Проблема использования данных является одной из основных в платформенной экономике. На цифровых рынках доступ к большим массивам данных во многом определяет возможности платформы по монетизации предоставляемых услуг. Те платформы, которые обладают доступом к уникальным данным о поведении пользователей, способны улучшать свои персонализированные предложения, совершенствовать клиентский путь и опыт и находить новые способы по продвижению своих товаров и услуг и расширению клиентской аудитории.

Огромное значение данные имеют для поисковых систем, социальных сетей, платформ для получения/обмена контентом и для других платформ, которые монетизируются за счет таргетированной рекламы. Значимость данных для таких платформ обусловлена тем, что пользователи хотят получать наиболее качественную, релевантную информацию с минимальными затратами времени на ее поиск. Чем больший объем данных имеется у платформы, тем больше возможности усовершенствовать алгоритмы ее работы. Для некоторых платформ вопрос доступа к данным является ключевым – без данных они не могут функционировать. Для других случаев данные могут рассматриваться как ресурс (товар), который можно монетизировать за счет продажи третьим лицам (это касается обезличенных данных). Если речь идет об экосистеме, то проблема сбора данных лишь усугубляется. Это выражается, в частности, в возможности экосистемы использовать собранные от пользователей данные в своем статусе посредника уже в своих собственных целях в роли коммерческого пользователя при предложении собственных товаров и услуг.

В европейском DMA предусмотрено обязательство гейткипера воздерживаться от использования для конкуренции с коммерческими пользователями любых непубличных данных, которые генерируются при осуществлении деятельности такими коммерческими пользователями в связи с использованием услугами гейткипера. Таким образом, в DMA предусматривается не обязанность гейткипера опубликовать данные/предоставить их всем желающим, а запрет использовать полученные данные для конкуренции с самими же участниками платформы для продвижения собственных сервисов, если только он не опубликует такие данные.

Похожая норма содержится и в немецком законодательстве. Там предусмотрен запрет для суперплатформы обрабатывать релевантные для конкуренции данные, полученные от других предприятий для иных, кроме как оказание своих услуг таким предприятиям, целей, не предоставляя достаточных возможностей выбора относительно обстоятельств, цели, вида и способа обработки. Отмечается, что использование полученных от других предприятий данных позволило бы экосистеме укрепить свое и без того сильное положение.

В Докладе ЦБ РФ для исключения информационной асимметрии предлагается открытие данных, собираемых экосистемой, для всех участвующих в ней конкурирующих поставщиков (open data).

Представляется, что подход DMA и немецкого законодателя в большей степени отвечает балансу интересов сторон. Так, он в большей степени учитывает интересы гейткперов, для которых публикация агрегируемых данных может поставить их в невыгодное положение. При этом запрет использовать такие агрегируемые данные при конкуренции с иными пользователями лишает основания опасения еще большего доминирования экосистем.

Регулирование отношений, связанных с использованием данных внутри экосистем или в связи с осуществляемой ими деятельностью, предполагает существенное изменение действующего законодательства. Рассматриваемые действия (обязанность «делиться» данными, если будет признана ее целесообразность, и т. д.) не могут быть выведены из запрета злоупотребления доминирующим положением. То есть новизна предлагаемого регулирования экосистем будет обусловлена не только своим особым методом, но и тем, что соответствующие обязательства не могут быть выведены и из действующего антимонопольного права, даже если имеет место доминирующее положение экосистемы/платформы (в отличие от запрета дискриминации, связывания и т.д.).

Обязана ли экосистема обеспечить возможность для пользователей перенести свои данные в другую экосистему или на другую платформу?

В настоящее время отсутствие возможности переноса данных между платформами и ограниченная функциональная совместимость платформ зачастую признаются существенными барьерами для входа и деятельности на рынке для новых игроков. Предполагается, что снижение издержек переключения пользователя между платформами будет способствовать повышению конкуренции на цифровых рынках.

В докладе ОЭСР⁸ под «переносимостью данных» понимается возможность (право) физического или юридического лица на то, чтобы держатель данных по запросу передал ему или третьей стороне данные, касающиеся этого лица, в структурированном, общепринятом и машиночитаемом формате. Ограниченность переносимости данных между платформами усугубляет проблему «запирания» (lock-in) пользователя внутри одной цифровой платформы или экосистемы. «Запирание» пользователя внутри платформы возникает из-за снижения стимулов к использованию альтернативных сервисов других провайдеров. Таким образом, величина «эффекта запирания» зависит от наличия альтернативных сервисов и издержек переключения между ними. На издержки переключения в свою очередь влияет не только стоимость пользования платформой, но и издержки потери данных, а также качественные характеристики платформы, например, бесшовный клиентский путь, который предоставляют крупные экосистемы, в том числе за счет наличия большого количества данных о пользователе.

В докладе ОЭСР представлены рекомендации по выработке мер и стандартов по переносу данных между платформами. Согласно этим рекомендациям меры по установлению требований к переносу данных необходимы для снижения издержек пользователей на переключение и снижение барьеров, связанных с попытками попробовать новые сервисы. Это может стимулировать конкуренцию, облегчая новым участникам рынка привлечение пользователей и потенциально снижая барьеры для входа на рынок, связанные с доступом к данным. Меры по переносимости должны быть главным образом применяться на рынках, где:

- наибольшую ценность представляют данные индивидуального уровня (individual level data) (не агрегированные). Например, для рынка таргетированной рекламы индивидуальные данные имеют высокую ценность, и доступ к ним является серьезным конкурентным преимуществом. Однако

⁸ OECD (2021), Data portability, interoperability and digital platform competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://oe.cd/dpic>

переносимость данных на индивидуальном уровне может не иметь большого значения для рынков и сервисов, где важны большие объемы агрегированных данных (например, картографические сервисы, предоставляющие оценки времени в пути на основе данных о поездках в режиме реального времени);

- сбор и хранение данных платформой не требует высоких инвестиций и затрат (поскольку в противном случае у компании снизятся стимулы на сбор данных);
- данные высоко структурированы, издержки их интерпретации и преобразования для использования невелики, и эти данные могут быть использованы в четко определенных приложениях;
- передача данных не связана со значительными сложностями, касающимися конфиденциальности или права собственности.

В Германии закон прямо запрещает экосистемам исключать или усложнять переносимость данных, препятствуя тем самым конкуренции. В пояснительной записке к закону также указывается на целесообразность требовать от суперплатформы обеспечивать представление данных в структурированной, общепринятой и машиночитаемой форме для обеспечения последующего переноса.

Аналогичное обязательство для гейткиперов содержится также в DMA. В части возможности коммерческими пользователями переносить свои данные на другие платформы/в другие экосистемы DMA расширяет сферу применения механизма переноса персональных данных по запросу физических лиц по GDPR.

В Великобритании регулятор занимает сдержанную позицию относительно переносимости данных: регулятор опасается, что такое вмешательство окажется чрезмерным. Также у него вызывает опасения риск фрирайдерства.

В США предлагается ввести требование для доминирующих платформ по обеспечению совместимости своих сервисов с различными сетями и сделать контент и информацию легко переносимыми между ними. На важность переносимости данных обращается внимание и в Австралии.

В Докладе ЦБ РФ также акцентируется внимание на важность введения требования о перенесении клиентских данных между платформами.

В целом, указанная тенденция представляется разумной и обеспечивающей необходимый баланс всех участников. В то же время необходимо будет уточнить содержание обязанности экосистемы. Она может выражаться как в обязанности передать данные напрямую третьему лицу, так и сводиться к передаче данных пользователю. При этом само требование о переносимости данных может быть обременительным для гейткиперов, так как в отсутствие всяких ограничений по запросу сама процедура может быть достаточно сложной и затратной в связи с большим массивом данных. Представляется, что при реализации идеи переносимости данных необходимо в большей степени учитывать интересы потребителей. Например, независимо от решения в части коммерческих пользователей, допустить для потребителей выбор в пользу непосредственного переноса на другую платформу или же предоставления данных самим потребителям.

Обязана ли экосистема предоставлять данные коммерческим пользователям, которые затрагивают их самих?

DMA предусматривает обязанность гейткипера обеспечивать коммерческим пользователям доступ в реальном времени к данным, которые связаны с или генерируются в связи с использованием релевантных ключевых платформенных услуг такими коммерческими пользователями и конечными пользователями в связи с товарами и услугами указанных коммерческих пользователей. Аналогичная обязанность для суперплатформ содержится и в немецком законодательстве. В Китае также предусмотрена возможность для пользователей потребовать предоставления касающихся его данных.

На важность получения пользователями от платформ информации о них самих указывает и Доклад ЦБ РФ.

Введение указанной обязанности для экосистем является безусловно оправдано. В то же время необходимо учесть, что на запрос такой информации могут быть установлены некоторые ограничения в виде сроков предоставления информации, ее объема и т.п. Европейский DMA в этой части игнорирует интересы экосистем. Таким образом, при решении этого вопроса необходимо взвешивать баланс интересов сторон .

Стоит ли отдельно регулировать обязанность экосистемы обеспечить переносимость репутации пользователей?

Необходимость регулирования обеспечения переносимости данных о репутации подчеркивалась, в частности, в Германии.

Перенос данных о репутации может потребовать разработки специального правового режима, чтобы исключить возможные манипуляции. От возможных манипуляций в наибольшей степени защищает непосредственный перенос данных из одной платформы в другую, чтобы у пользователя не было опции перенести на новую платформу лишь положительные отзывы.

Ограничения для коммерческих пользователей по взаимодействию с клиентами вне экосистемы/платформы

Вопрос о возможности установления ограничений для коммерческих пользователей по взаимодействию с клиентами вне экосистемы/платформы сегодня является весьма актуальным, учитывая существующие антимонопольные разбирательства на этот счет (например, известный спор с Booking). В этой части также можно вести речь о допустимых пределах свободы договора, сторонами которого являются платформа/экосистема и коммерческие пользователи.

DMA предусматривает обязанность гейткенера позволять коммерческим пользователям предлагать те же самые продукты и услуги конечным пользователям через сервисы электронной коммерции третьих лиц по ценам или на условиях, отличающихся от тех, что предусмотрены в сервисе электронной коммерции гейткенера.

Также в Германии суперплатформам запрещается препятствовать или усложнять другим предприятиям продвижение их предложений или доступ к клиентам через иные каналы, отличные от тех, которые предоставлены суперплатформой.

В Китае закон предусматривает, что запреты для коммерческих пользователей по взаимодействию с клиентами вне экосистемы/платформы не должны ограничивать конкуренцию.

По сути, к аналогичному решению пришла и российская антимонопольная практика. Подобное условие может быть расценено как злоупотребление доминирующим положением в форме навязывания контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (п. 3 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

В таких условиях смысл включения запрета паритета цен в перечень обязательств (*ex ante*, если будет принят соответствующий метод) экосистемы объясняется свойствами, присущими специальному методу регулирования экосистем, отличному от условий применения норм антимонопольного права. В данном случае справедливы все те аргументы, которые были изложены выше применительно к запрету дискриминации и связыванию. По такому пути пошла Германия и европейский DMA.

Защита прав потребителей экосистем/платформ

Проблематика защиты прав потребителей в условиях цифровой экономики не является уникальной для экосистем. Более того, представляется, что экосистемы сами по себе не порождают непосредственных дополнительных проблем защиты прав потребителей, которых бы не возникало в случае с обычными цифровыми платформами. Разумеется, экосистемы опосредованно могут создавать и новые риски для потребителей, ограничивая конкуренцию на рынках своим выходящим за пределы одного рынка влиянием. В то же время такие проблемы решаются прежде всего антимонопольным регулированием или схожим с ним по направленности регулированием *sui generis* (если признать его необходимость). При обеспечении справедливого и конкурентного рынка защищаются также и интересы потребителей.

Среди основных направлений защиты прав потребителей в условиях платформенной экономики, которые выделяются также в иностранных правовых порядках, можно обозначить следующие:

- введение обязанности агрегаторов осуществлять разумные соразмерные действия по установлению достоверности предоставляемой продавцами (исполнителями) информации, как это предлагается немецкой доктриной (с учетом трансакционных издержек платформ);
- введение ответственности агрегатора перед потребителем в случае неисполнения и (или) ненадлежащего исполнения договора со стороны продавца (исполнителя), если у потребителя сложилось впечатление о том, что контрагентом является агрегатор. Такая идея присутствует в российской судебной практике и немецкой доктрине;
- возможность ответственности агрегатора в отсутствие доверия потребителя, но при наличии решающего влияния агрегатора на деятельность продавцов (исполнителей), предопределяющего их действия и условия договоров с потребителями;
- регулирование продажи потребителям через маркетплейсы продукции, не соответствующей требованиям безопасности на уровне ЕАЭС или России;
- регулирование системы репутации/рейтинга/оценок со стороны потребителей и иных пользователей внутри платформ через закрепление условий, при которых может удаляться отзыв потребителя, обеспечение прозрачности и неизменности отзывов и т.д.

Разрешение споров в экосистеме и платформе

Разрешение споров в экосистеме и на платформе является самостоятельной сложной темой, заслуживающей отдельного рассмотрения. Здесь мы ограничимся указаниями на ряд предложений.

С учетом иностранного, в том числе последнего европейского опыта, можно рассмотреть принятие следующих мер: введение регулирования онлайн разрешения споров на базе платформ/экосистем с возможным установлением обязанности платформ/экосистем, соответствующих установленным критериям, создавать такую систему онлайн разрешения споров как между пользователями, так и между платформой и пользователями.

Отдельной проблемой является вопрос о том, насколько глубоко должна погружаться платформа в разрешение конкретного спора. Дискуссионность вопроса проявляется в т.ч. в контексте ст. 1253.1 Гражданского кодекса Российской Федерации и ст. 10.3 и ч. 3 ст. 17 Федерального закона от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» применительно к обязанности информационного посредника удалить противоправную информацию по получении запроса о том, что информация является противоправной.

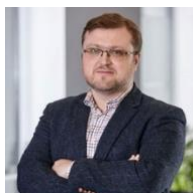
Использование внутренних учетных единиц экосистемы/платформы

Внутренними расчетными единицами в экосистеме могут быть прежде всего криптоактивы. В нашем законодательстве криптоактивы могут эмитироваться в форме утилитарных цифровых прав, цифровых финансовых активов и цифровой валюте в порядке, предусмотренном Федеральным законом от 02 августа 2019 года № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и Федеральным законом от 31 июля 2020 года № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». В то же время эмиссия и правила обращения цифровой валюты пока не были конкретизированы в законодательстве.

Представляется, что регулирование криптоактивов внутри экосистем вряд ли должно отличаться от общего регулирования криптоактивов. Если считать цифровую валюту денежным суррогатом, то она может быть таковой независимо от того, где она выпускается. Криптоактивы действительно могут порождать дополнительные риски для конкуренции. Однако появление криптоактивов внутри экосистем не создает качественно новых рисков, а лишь может увеличить количество случаев реализации существующих рисков. Существующие антимонопольные инструменты, а также новые инструменты, планируемые к принятию для специального регуляторного ответа экосистемам, вполне могут справиться со связыванием, дискриминацией, использованием платежных данных и т. д. В то же время стоит признать, что появление криптоактивов в экосистемах может привести к количественному росту злоупотреблений (но не создать самостоятельный пробел в регулировании).

В целом представляется разумным сначала оптимизировать общее регулирование криптоактивов, чтобы в последующем можно было предусматривать специальное регулирование криптоактивов внутри экосистем. Иначе при будущем изменении общего регулирования придется одновременно менять и специальное, внося дисбаланс в устоявшиеся практики и правоотношения. Например, применительно к цифровой валюте можно отметить, что Федеральный закон от 31 июля 2020 года № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» не предусматривает перспективного регулирования цифровой валюты на базе иностранной информационной инфраструктуры. Новые законы создали необходимую базу для регулирования криптоактивов, которая требует дальнейшей конкретизации и доработки, прежде чем вводить дополнительные запретительные меры для экосистем.

Авторский коллектив



Максим Башкатов
Руководитель направления
«Правовое развитие» ЦСР



Елена Ковалева
Вице-президент, руководитель
направления «Экономика
монополий» ЦСР



Левон Айрапетян
Руководитель направления
«Налоговая политика» ЦСР



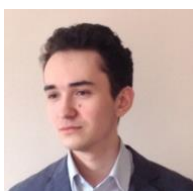
Александр Молотников
Исполнительный директор
Научно-образовательного центра
Право и бизнес МГУ,
председатель правления Русско-
Китайского юридического
общества



Элеонора Витоль
Заместитель руководителя
направления «Правовое
развитие» ЦСР



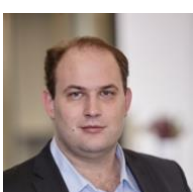
Динара Ибрагимова
Заместитель руководителя
направления «Налоговая
политика» ЦСР



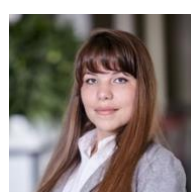
Дмитрий Федоров
Старший эксперт направления
«Правовое развитие» ЦСР



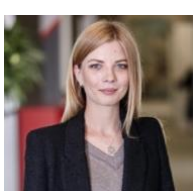
Александра Звягинцева
Ведущий эксперт направления
«Экономика монополий» ЦСР



Илья Зикун
Старший эксперт направления
«Правовое развитие» ЦСР



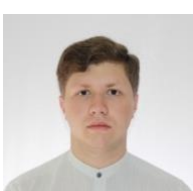
Ангелина Суркова
Старший эксперт направления
«Налоговая политика» ЦСР



Юлия Шкалдова
Старший эксперт направления
«Правовое развитие» ЦСР



Сергей Курочкин
Эксперт Научно-
образовательного центра Право и
бизнес МГУ



Андрей Зубенко
Эксперт направления «Экономика
монополий» ЦСР



Фонд «Центр стратегических разработок» (ЦСР)

Москва, 125009, Газетный пер., 3–5 стр. 1, 3 этаж

Тел.: +7 (495) 725-78-06

Факс: +7 (495) 725-78-14

E-mail: info@csr.ru

csr.ru