

Российская Федерация
Круглый стол «Влияние электронной торговли на конкурентную
политику»
Комитет по конкуренции ОЭСР
6 июня 2018 г.

В настоящее время органы государственной власти Российской Федерации всех уровней уделяют особое внимание цифровизации глобальной экономики и возрастающему влиянию транснациональных корпораций на конкуренцию на национальных рынках.

В 2017 году Правительством Российской Федерации была утверждена программа «Цифровая экономика Российской Федерации»¹. Программой определены цели, задачи, направления и сроки реализации основных мер государственной политики по созданию необходимых условий для развития в России цифровой экономики, в которой данные в цифровом виде являются ключевым фактором производства во всех сферах социально-экономической деятельности, что является необходимым условием повышения конкурентоспособности страны, качества жизни граждан, обеспечения экономического роста и национального суверенитета.

Также, 5 октября 2017 года состоялось заседание Правительства РФ, на котором руководитель ФАС России И.Ю. Артемьев представил ежегодный Доклад о состоянии конкуренции. Во исполнение пункта 4 Протокола заседания Правительства РФ от 05.10.2017 № 28² о состоянии конкуренции в Российской Федерации ФАС России, Минэкономразвития России, Минкомсвязи России совместно с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти было поручено представить в установленном порядке в Правительство Российской Федерации предложения по совершенствованию антимонопольного законодательства Российской Федерации, в том числе в части его распространения на результаты интеллектуальной деятельности, с включением указанных предложений в планы мероприятий по реализации программы «Цифровая экономика Российской Федерации».

Президент Российской Федерации подписал Указ № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции»,

¹ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 28 июля 2017 г. № 1632-р <http://static.government.ru/media/files/9gFM4FHj4PsB79I5v7yLVuPgu4bvR7M0.pdf>

² <http://government.ru/meetings/29535/>

которым утверждается Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2018-2020 годы³.

Указ и Национальный план являются первыми подобными документами в истории России. Документы определяют принципы взаимодействия государства и общества, подразумевая нетерпимость к любым случаям недобросовестной конкуренции, картелей и злоупотребления доминирующим положением. Органы государственной власти всех уровней обязаны оценивать управленческие решения, принимая во внимание последствия таких решений для конкуренции.

В качестве одного из основополагающих принципов государственной политики по развитию конкуренции Указ № 618 определяет совершенствование антимонопольного регулирования в условиях цифровой экономики и ее глобализации.

В целях реализации положений программы «Цифровая экономика Российской Федерации», а также адаптации законодательства о защите конкуренции к потребностям цифровой экономики в соответствии с Указом № 618 и подготовки предложений в проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и Кодекс РФ об административных правонарушениях была создана Рабочая группа ФАС России по выработке новых подходов при осуществлении антимонопольного регулирования, учитывающих вызовы широкого распространения в экономике глобальных стоимостных цепочек (Global Value Chains) и разворачивающейся четвертой промышленной революции (The Fourth Industrial Revolution), в том числе в части широкой цифровизации экономики (далее – Рабочая группа).

Рабочей группой был разработан законопроект («пятый антимонопольный пакет»), который планируется внести на рассмотрение Правительства Российской Федерации в первом полугодии 2018 года.

В законопроекте:

- 1) уточняются цели и задачи антимонопольного регулирования и терминологический аппарат конкурентного законодательства с учётом новой экономики;
- 2) правовой инструментарий противодействия антиконкурентным соглашениям (согласованным действиям) и незаконной координации экономической деятельности дополняется запретами на такого рода деятельность, осуществляемую с помощью цифровых алгоритмов и платформ;

³ <https://fas.gov.ru/documents/600680>

3) уточняются требования к запретам злоупотребления доминирующим положением в части использования данных (информации) и цифровых платформ для монополистической деятельности;

4) появляются инструменты контроля экономической концентрации в условиях цифровой экономики, в том числе в части концентрации больших данных как средства монополизации и учета сетевых эффектов цифровых платформ как фактора усиления рыночной власти.

Злоупотребление доминирующим положением

Стандартными методами для определения доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке являются количественные методы⁴.

ФАС России полагает целесообразным разделить методологические подходы к анализу рынков, на которых нематериальный товар неразрывно связан с материальным носителем, и к анализу рынков, на которых цифровой продукт проявляет свою потребительскую ценность вне конкретных аппаратных устройств.

Основные методологические подходы к анализу рынков первого типа можно рассмотреть на примере дела ФАС России в отношении Microsoft Corporation⁵.

Если товар на цифровом рынке приобретает потребительскую ценность исключительно в связи с аппаратными устройствами, то применение количественных методов анализа возможно. При этом на первый план выходит оценка «многосторонности» цифровых рынков – взвешенная и тщательная оценка всех аспектов рынка, которые могут обуславливать и определение продуктовых границ товарного рынка, и определение долей на товарном рынке, и поведение продавцов и покупателей.

Так, в рамках антимонопольного расследования в отношении компании Microsoft по жалобе разработчика антивирусного программного обеспечения

⁴ Методология анализа товарных рынков в Российской Федерации закреплена законодательно: Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках утвержден Приказом ФАС России от 28 апреля 2010 года № 220. Указанный Порядок предусматривает количественные методы для определения доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке. ФАС России осуществляет расчет долей хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, определяет уровень цен, уровень концентрации товарного рынка.

⁵ Решение ФАС России по делу № 1-00-168/00-11-16 от 15.08.2017 о нарушении антимонопольного законодательства компанией Microsoft Corporation: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ag-56549-17>

компании «Лаборатория Касперского» анализ рынка был проведен с использованием количественных методов.

Основанием для проведения антимонопольного расследования послужили действия Microsoft по существенному сокращению сроков (с нескольких месяцев до нескольких дней) предоставления RTM – версий (финальных версий операционной системы) разработчикам стороннего ПО (в том числе «Лаборатории Касперского»). Такое сокращение могло привести к негативным последствиям для конкуренции на рынке антивирусного ПО: сторонние разработчики не успевали адаптировать свои программы и пользователи остались без выбора поставщика, автоматически получив антивирусную программу самого Microsoft – Windows Defender.

ФАС России пришла к выводу, что такое поведение Microsoft может иметь негативные последствия для рынка только в случае, если Microsoft занимает доминирующее положение на рынке операционных систем для персональных устройств.

В ходе анализа была выявлена неразрывная взаимосвязь рынка операционных систем и пользовательского оборудования. Соответственно, выявление взаимозаменяемых товаров и уточнение продуктовых границ товарного рынка ФАС России проводила применительно к рынку пользовательского оборудования, а результаты проецировала на рынок операционных систем.

Исходя из того, что на территории Российской Федерации используются стационарные и мобильные персональные устройства, для уточнения продуктовых границ товарного рынка необходимо было определить, образуют ли стационарные и мобильные устройства единый товарный рынок.

Для выявления взаимозаменяемости был проведен опрос потребителей, по результатам которого стационарные и мобильные устройства были отнесены к разным категориям.

Также потребителям предлагалось оценить возможность смены операционной системы на устройстве. 90% опрошенных ответили отрицательно, что подтвердило утверждение ФАС России о неразрывной связанности рынка операционных систем и персональных устройств.

Соответственно, обращение операционных систем, устанавливаемых на стационарных устройствах, и обращение операционных систем, устанавливаемых на мобильных устройствах, образуют отдельные товарные рынки.

На основании выявленных фактов и с учетом целей анализа ФАС России определила товарный рынок как рынок операционных систем (финальных сборок) для стационарных пользовательских устройств.

Объем товарного рынка и распределение долей продавцов на товарном рынке был определен на основании данных, отраженных в отчете международной исследовательской компании B2B International «Об использовании операционных систем на рынке Российской Федерации»: доля Microsoft - 95,6%; доля Apple - 2,5 %; доля компаний, реализующих операционные системы на базе ядра Linux и иные операционные системы - 1,9%.

Барьеры входа на рынок определены как высокие, и с учетом этого установлено, что на рынке операционных систем для стационарных персональных устройств в Российской Федерации доминирующее положение занимает Microsoft.

Таким образом, в ходе проведения анализа рынка было рассмотрено поведение и условия деятельности покупателей – разработчиков программного обеспечения, поведение покупателей – конечных пользователей персональных компьютеров, влияние поведения конечных пользователей на обращение товара на рассматриваемом товарном рынке, а также на взаимосвязанных рынках – системного программного обеспечения и пользовательских устройств.

Более того, продуктовые и географические границы товарного рынка определены на основании выявленных характеристик обращения операционных систем, которые, в свою очередь, обусловлены условиями обращения персональных устройств.

Рассмотрев эти обстоятельства, ФАС России выдала Microsoft два предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства.

В результате исполнения требований ФАС России были созданы равные условия для разработчиков антивирусных продуктов не только на территории России, но и на всех территориях присутствия Microsoft, тем самым обеспечив эффективную конкуренцию на глобальном рынке информационных технологий.

Несмотря на удачный пример рассмотрения дела в отношении Microsoft, на цифровых рынках, в особенности когда речь идет о цифровых платформах, определение рыночных долей связано с большими трудностями. Бывают случаи, когда точно определить доли не представляется возможным. Проблема применения количественных методов к анализу цифровых рынков является актуальной для многих стран, в том числе и для России.

Важными особенностями для антимонопольного регулирования также являются «безвозмездность» предоставления товара (если монетизация происходит на смежных рынках) и сложность, а часто невозможность определения количественных показателей рынка.

Когда услуги предоставляются бесплатно, для конкурентного контроля, как правило, это означает отсутствие рынка (нет цены – нет рынка). Выявить взаимозаменяемые товары, используя стандартные методы (анализ ценообразования и динамики цен, расчет показателя перекрестной эластичности спроса по цене) без учета цены практически невозможно. «Тест гипотетического монополиста» при нулевой цене провести также не получится. Иными словами, с помощью методов, разработанных для односторонних рынков, нельзя описать взаимозависимость между ценами на рынках, которые обслуживает многосторонняя интернет-платформа.

То, что потребитель ничего не платит за услугу или товар, еще не означает, что он ничего не теряет (просмотр рекламы, передача персональных данных и т.д.). Наличие или отсутствие цены означает выбор определенной бизнес-модели, но совсем не обязательно служит критерием для оценки конкуренции между различными товарами.

Актуальным представляется подход, ориентированный на конечный результат, на оценку последствий (effect-based approach). Ключевыми задачами при таком подходе являются анализ динамики рыночных изменений, оценка фактического влияния на рынок, оценка потенциальной конкуренции и обеспечение долгосрочных интересов потребителей.

То есть, соответственно, необходимо дополнить действующее российское антимонопольное законодательство положениями, касающимися оценки доминирующего положения хозяйствующего субъекта, а также критериями, позволяющими отнести к доминирующим субъектам владельцев крупных инфраструктурных платформ, интернет-платформ, которые обладают соответствующей рыночной властью.

Антиконкурентные соглашения и согласованные действия

Сейчас антиконкурентные соглашения реализуются путём совершения конклюдентных действий, и это уже редко когда устное или письменное соглашение, зачастую все договорённости достигаются посредством компьютерных технологий.

Участники антиконкурентных соглашений активно используют новые возможности для противоправной деятельности, которые состоят в

использовании данных больших объёмов и значительного многообразия (так называемых «больших данных») и вычислительных алгоритмов.

Некоторые хозяйствующие субъекты (реселлеры, осуществляющие торговлю как с использованием торговых объектов (офлайн), так и без использования торговых объектов (онлайн), и вендоры) используют ценовые алгоритмы с целью определения розничных цен на реализуемую ими продукцию или для контроля розничных цен на продукцию конкретного бренда.

Ценовые алгоритмы, осуществляющие сбор информации о розничных ценах на товары конкретного бренда, их сопоставление с рекомендованными/минимальными ценами вендора, а также отправку уведомлений реселлерам-нарушителям, рассматриваются ФАС России как инструмент незаконной координации экономической деятельности реселлеров, приводящей к ограничению конкуренции. Кроме того, в качестве инструмента координации экономической деятельности могут рассматриваться и ценовые алгоритмы без функции контроля рекомендованных/минимальных цен, если вендор использует их для контроля за ценами реселлеров на продукцию бренда.

Несомненно, аналогичные ценовые алгоритмы могут использоваться как реселлерами, так и иными хозяйствующими субъектами (на иных рынках) при реализации антиконкурентных соглашений (как инструмент реализации).

Взаимоотношения между поставщиком и ритейлером могут формироваться согласно следующим сценариям:

1. Между поставщиком (вендором) и ритейлером заключаются «соглашения с авторизованным дилером» (могут как предусматривать «прямые» поставки от вендора, так и не предусматривать их);
2. Ритейлер, используя «ценовых роботов», формирует «отчёты» о ценах конкурентов и направляет их поставщику (вендору), требуя «повлиять» на конкурентов, выставяющих «неправильные» цены;
3. В случае несоблюдения ритейлером цен, высылаемых поставщиком (вендором), поставщик (вендор) может прекратить отгрузки, отказаться перезаключать договор на новый срок либо начать отгружать только те модели продукции, которые пользуются меньшим спросом (признаки ч. 4 или ч. 5 ст. 11 ФЗ «О защите конкуренции»);
4. Ритейлеры могут начать отказываться от закупки продукции поставщика (вендора) в том случае, если поставщик (вендор) не предпринимает шагов по исправлению «неправильных» цен (признаки ч. 4 ст. 11 или ч. 3 ст. 11.1 закона «О защите конкуренции»).

В то же время нормы действующего антимонопольного законодательства не предусматривают ответственности для разработчиков ценовых алгоритмов, обладающих потенциально противоправным функционалом, и для лиц, использующих ценовые алгоритмы для формирования отчётов о ценах на рынке, используемых координатором для установления контроля над ценами и приведения их к определённом уровню (соучастников незаконной координации экономической деятельности).

В качестве примера можно привести дело ФАС России в отношении компании LG⁶. В период с 2016 по 2017 гг. ФАС России запрашивала информацию, касающуюся использования программ, оптимизирующих ценообразование, у ряда реселлеров и вендоров электроники и бытовой техники и у нескольких компаний-разработчиков таких продуктов, а также провела проверки в отношении некоторых вендоров, использующих в своей хозяйственной деятельности такие программные продукты (LG, Philips⁷).

ФАС России установила, что LG координировала экономическую деятельность реселлеров путем установления рекомендованных розничных цен, которые публиковались на русском сайте LG и доводились до сведения реселлеров; осуществляло контроль за ценами реселлеров; оказывало воздействия на них с целью соблюдения рекомендованных розничных цен; применяло санкции при несоблюдении рекомендованных цен (прекращение отгрузок). Для осуществления мониторинга цен реселлеров и контроля за ними LG использовала специальную программу-алгоритм.

ФАС России было установлено, что весьма большое количество реселлеров и вендоров использует ценовые алгоритмы (программные продукты или онлайн-сервисы) с целью определения розничных цен на реализуемую продукцию или для контроля розничных цен на продукцию конкретного бренда.

По мнению ФАС России, использование ценовых алгоритмов никак не сказывается на степени прозрачности рынка, а наоборот, как раз прозрачностью рынка обусловлено использование таких алгоритмов. Так, мониторинг цен, осуществляемый, как правило, с использованием алгоритмов,

⁶ Решение ФАС России по делу № 1-11-18/00-22-17 от 02.03.2018 о нарушении антимонопольного законодательства компанией LG: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/ats-14552-18>

⁷ Материалы в отношении компании-импортёра смартфонов Philips переданы в Евразийскую экономическую комиссию (так как предполагаемое нарушение имеет трансграничный для стран-членов Евразийского экономического союза характер), которая начала своё расследование.

производится на основании открытых данных (цен, размещенных на сайтах / в онлайн-магазинах) и не был бы возможен в условиях непрозрачного рынка.

Использование ценовых алгоритмов, позволяющих осуществлять сбор и анализ цен конкурентов и подстраиваться под цены конкурентов, является характерной чертой рассматриваемого рынка.

Стоит отметить, что нормами существующего законодательства Российской Федерации не предусмотрена ответственность за разработку и распространение ценовых алгоритмов (соучастие в незаконной координации экономической деятельности).

В настоящее время ФАС России не установлено «доминирование» какого-то одного или нескольких алгоритмов, используемых реселлерами электроники. Существует много подобных продуктов, как предлагаемых различными разработчиками (российскими и зарубежными), так и разрабатываемых внутри или по заказу самих пользователей. В настоящее время ФАС России выявлено более 10 подобных алгоритмов, предоставляемых сторонними разработчиками.

Помимо ценовых алгоритмов существует проблема, связанная с использованием аукционных роботов с целью нарушения антимонопольного законодательства.

Аукционный робот – это опционный (специальный программный модуль) функционал личного кабинета участников аукциона на электронной площадке, позволяющий на основании электронного документа-поручения с настройками аукционного робота, заполненного и подписанного ЭП участника, автоматическую подачу ценовых предложений на конкретном электронном аукционе от имени участника аукциона до заданного таким участником предела ценового предложения.

Данные роботы, используемые после достижения хозяйствующими субъектами договоренности о пределе снижения начальной (максимальной) цены контракта и победителе торгов, являются эффективным инструментом реализации антиконкурентного соглашения, направленного на поддержание цены на торгах.

Так, 3 июня 2016 года решением Мурманского УФАС России ООО «ОРКО-инвест» и ООО «Управляющая компания «Центр по обращению с отходами» были признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в части заключения устного антиконкурентного соглашения, реализация которого привела к поддержанию цены на торгах.

Антимонопольный орган установил, что при проведении 25 электронных аукционов участники антиконкурентного соглашения практически не снижали начальную (максимальную) цену контракта, позволяя выигрывать торги друг другу в соответствии с заранее определённой стратегией.

Одним из доказательств осведомленности участников о действиях друг друга явилось участие хозяйствующих субъектов в торгах на электронной торговой площадке ЗАО «Сбербанк-АСТ» посредством запрограммированных аукционных роботов.

При создании аукционных роботов ООО «ОРКО-инвест» и ООО «Управляющая компания «Центр по обращению с отходами» всегда программировали для них лимиты снижения в диапазоне от 0,5% до 1% от начальной (максимальной) цены контракта в зависимости от того, кто из них должен выиграть аукцион.

Данный факт, по мнению ФАС России, свидетельствовал о том, что хозяйствующие субъекты перед началом электронных аукционов договаривались о пределе снижения начальной (максимальной) цены контракта и победителе торгов.

Говоря о пресечении цифровых картелей, нельзя не упомянуть использование цифровых технологий для быстрого обнаружения признаков антиконкурентного поведения. Здесь большую роль играют цифровые ресурсы, имеющиеся в арсенале у регуляторов.

ФАС России в настоящий момент рассматривает использование цифровых технологий не только с точки зрения обнаружения алгоритмов для создания картелей, но и необходимости в наличии собственного алгоритма для выявления картелей.

Для выявления картелей (в том числе сговоров на торгах) ФАС России применяет многопараметрическую систему идентификации и доказывания картелей (далее – Система), которая базируется на специальном системном алгоритме поиска картелей на торгах по специально разработанным параметрам или комбинациям параметров, которые могут выявлять и документировать эмпирические доказательства противоправной деятельности и указывать на высокую вероятность картеля. Работа данной Системы возможна только в условиях подключения к Единой электронной системе торгов, связанной с шестью электронными торговыми площадками, которая действует в Российской Федерации. Апробацию Система прошла в Управлении по борьбе с картелями ФАС России, а также в Учебно-методическом центре ФАС России в г. Казани в 2016 г. Данная Система успешно используется в настоящее время.

Разработанная Система позволяет одному подготовленному сотруднику за 1 рабочий день выявить признаки картеля и собрать всего лишь за 1 месяц необходимые доказательства.

Возможность оперативного выявления картелей и сбора доказательств позволяет сократить существенно сроки рассмотрения антимонопольных дел и увеличивает эффективность антимонопольных органов по пресечению деятельности картелей на электронных торгах.

Так, в 2016 году были выявлены признаки картелей на электронных торгах на территории 40 субъектов РФ, в 2017 году - признаки картелей на электронных торгах на территории 42 субъектов РФ.

В результате дальнейшей процедуры доказывания территориальными органами ФАС России было возбуждено 10 дел по признакам нарушения п. 2 ч. 1 ст. 11 закона «О защите конкуренции» на общую сумму более 2,5 млрд рублей. По остальным выявленным признакам картелей проводятся проверки и закрепление доказательственной базы.

Контроль за экономической концентрацией

ФАС России считает, что конкурентная политика должна вовремя и гибко реагировать на рыночные изменения.

Особенностью обращения товаров на цифровых рынках является их многосторонний (интегральный) характер, когда на одном рынке осуществляют деятельность лица, одновременно являющиеся и продавцами, и покупателями.

Цифровые рынки, как правило, тесно связаны с иными рынками, что, в частности, находит отражение в различных способах монетизации деятельности участников рынка.

Действующее российское законодательство не содержит дефиниций подобных отношений, что может ограничить защиту конкуренции.

Изменение функционирования рынков, особенно многосторонних рынков, имеет важное значение для надлежащего контроля экономической концентрации.

Сейчас сделка, совершаемая на одном товарном рынке, может иметь последствия на многостороннем рынке, особенно если в отрасли формируются цифровые платформы, объединяющие и управляющие всеми технологическими и стоимостными цепочками производства.

В качестве примера можно привести рассмотрение ФАС России мега-слияния Bayer/Monsanto.

В 2017 году ФАС России рассмотрела ходатайство компании «Байер АГ» (Германия) по приобретению 100% голосующих акций компании «Монсанто Кампани» (США), поданное в соответствии с пунктами 8, 9 части 1 статьи 28 закона «О защите конкуренции».

Данная сделка затрагивает рынки следующих продуктов, конечным потребителем которых являются сельхозпроизводители: генетический материал (семена), определенные средства защиты растений, в частности, неселективные гербициды, а также цифровые предложения для сельхозпроизводителей.

В ходе рассмотрения сделки ФАС России провела серию консультаций с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти, научным и бизнес-сообществом, а также с зарубежными конкурентными ведомствами, с использованием вейверов, полученных от компаний. Кроме того, ФАС России была проведена серия совещаний с участниками сделки с целью обсуждения возможных негативных эффектов для конкуренции от ее совершения, а также мер по их устранению.

Понимая, что сделка может иметь значительные последствия для динамики технологического и инновационного развития российского агро-промышленного комплекса (АПК), ФАС России учитывала также программные документы, описывающие состояние и тенденции научно-технологического развития России, в частности Стратегию научно-технического развития Российской Федерации⁸, Прогноз научно-технологического развития АПК на период до 2030 года⁹, Федеральную научно-техническую программу развития сельского хозяйства на 2017-2025 годы¹⁰, Государственную программу «Цифровая экономика»¹¹ и др.

Учитывая высокое значение технологических изменений, происходящих в сельскохозяйственной отрасли, в том числе в части цифровизации сельского хозяйства, ФАС России при оценке последствий от данной сделки экономической концентрации для состояния конкуренции на российском и глобальном рынке агротехнологий применила современные методические

⁸ Указ Президента Российской Федерации от 01.12.2016 № 642 <http://static.kremlin.ru/media/acts/files/0001201612010007.pdf>

⁹ https://issek.hse.ru/data/2017/05/03/1171421726/Prognoz_APK_2030.pdf

¹⁰ Постановление Правительства Российской Федерации от 25.08.2017 № 996 <http://static.government.ru/media/files/EIQtiyxIORGXoTK7A9i497tyyLAmnIrs.pdf>

¹¹ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 28.07.2017 № 1632-п <http://static.government.ru/media/files/9gFM4FHj4PsB79I5v7yLVuPgu4bvR7M0.pdf>

подходы, разработанные совместно с ведущими научными учреждениями, включая Институт права и развития ВШЭ-Сколково, учитывала успешный опыт зарубежных конкурентных ведомств, рекомендации Комитета по конкуренции ОЭСР, актуальные российские и международные научные публикации по контролю экономической концентрации на рынках с высокой инновационной составляющей, а также опиралась на опыт обсуждения процессов экономической концентрации на рынках агротехнологий в рамках Рабочей группы БРИКС по рынкам продовольствия, созданной антимонопольными ведомствами стран БРИКС в 2015 году.

В рамках рассмотрения ходатайства ФАС России провела анализ затрагиваемых настоящей сделкой рынков средств производства для АПК, включая интегрированный рынок агротехнологических решений, который сформировался в результате серии технологических и социально-экономических трансформаций последних лет, произошедших в секторе средств производства для сельского хозяйства.

При оценке влияния сделки на состояние конкуренции на российском рынке ФАС России исходила из того, что объединенная компания обладает высокими возможностями, в том числе накопленными массивами данных генетической информации, новейшими технологиями ускоренной селекции, позволяющими осуществлять производство биотехнологических семян с заданными признаками методами генной инженерии, не подпадающими под установленные для генно-модифицированных организмов правовые ограничения, а также накопленными массивами больших данных и ключевыми алгоритмами в сфере цифрового земледелия, что может позволить ей быстро и эффективно наращивать свое присутствие на рынке. Это вероятно может привести к резкому усилению присутствия объединенной компании на рынке вплоть до доминирования сразу на всех затрагиваемых товарных рынках и созданию высоких барьеров для входа на соответствующие рынки компаний, не обладающих одновременно всеми указанными ресурсами и возможностями.

В ходе рассмотрения сделки ФАС России были выявлены следующие угрозы для конкуренции в результате совершения указанной сделки:

- возникновение новых и усиление действующих барьеров входа на соответствующие товарные рынки (в том числе, в результате выведения на российский рынок закрытых цифровых агрономических платформ точного земледелия);
- усиление стимулов для антиконкурентных согласованных действий и соглашений (с учетом прошедшей волны слияний, после создания объединенной компании на мировом рынке останется меньшее количество

компаний, владеющих всем спектром современных агротехнологий и создающих свои интегрированные платформы, через которые они планируют продавать ключевые средства производства сельхозтоваропроизводителям;

- повышение вероятности злоупотребления объединенной компанией своей рыночной властью (объединение инновационных и платформенных ресурсов может позволить компании в краткосрочной перспективе резко нарастить рыночную долю на соответствующих товарных рынках вплоть до доминирования).

Таким образом, ФАС России пришла к выводу, что данная сделка создает существенные риски подавления конкуренции, которые необходимо нивелировать на этапе согласования сделки.

Рассмотрение сделки длилось в течение года, и 20 апреля 2018 года ФАС России одобрила сделку, выдав объединенной компании предписание.

ФАС России удалось добиться предоставления недискриминационного доступа к «большим данным», которыми обладает объединенная компания, для российских разработчиков, специализирующихся в области агротехнологий и селекции.

Объединенная компания передаст российским участникам агропромышленного рынка определенное количество гермоплазмы выбранных культур, важных для Российской Федерации

В течение всего срока действия предписания ФАС России (5 лет) объем поставки семян и средств защиты растений объединенной компании на территорию Российской Федерации не будет снижаться.

Компания Bayer будет осуществлять поддержку в проведении обучения российских специалистов по каждой культуре, а также передаст Российской Федерации Учебный центр, аналогичный тому, что существует и успешно функционирует в Нидерландах.

Несмотря на то, что решение, принятое ФАС России по данной сделке, является новеллой в российской практике антимонопольного регулирования, оно лежит в общем русле изменения подходов к сделкам экономической концентрации на инновационных рынках и носящих глобальный характер. Оно также соответствует современным тенденциям развития международного конкурентного права в эпоху цифровизации и усиления роли инноваций в мировой экономике.

В качестве другого примера можно привести рассмотрение ФАС России слияния компаний Yandex.Taxi и Uber в 2017 году¹².

ФАС России идентифицировала рынок как рынок организации информационного взаимодействия водителей и пассажиров такси. Результаты анализа рынка показали, что рынок находится в стадии активного роста, обусловленного в значительной степени качественными преобразованиями, а именно – появлением агрегаторов, предоставляющих услуги информационного взаимодействия с использованием нового удобного способа заказа такси – в приложении мобильного устройства.

ФАС России согласовала сделку с выдачей предписания¹³, направленного на развитие конкуренции и обеспечение безопасности пассажиров и водителей.

Компаниям было предписано обеспечить максимально полное и доступное информирование пользователей о юридическом лице, осуществляющем перевозку с сохранением истории поездок; не устанавливать запрет для партнеров, водителей и пассажиров на работу с иными агрегаторами услуг такси.

ФАС России полагает, что для целей надлежащего контроля экономической концентрации в российском законодательстве необходимо предусмотреть оценку новых механизмов производства, а также закрепить дополнительные более жесткие требования, которые связаны с контролем сделок в рамках экономической концентрации, связанных с приобретением технологий или иных нематериальных активов.

В первую очередь должно быть введено новое условие контроля сделок – если объем сделки превышает семь миллиардов рублей.

Должны быть четко определены правила привлечения доверенных лиц для выполнения функций по мониторингу и содействию исполнения предписания, выданного в рамках экономической концентрации, в том числе в связи с передачей технологий.

Применение антимонопольного законодательства к объектам интеллектуальной собственности

¹² Решение ФАС России по результатам рассмотрения ходатайства № АГ/82029/17 от 24.11.2017:

<http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ag-82029-17>

¹³ Предписание ФАС России от 24.11.2017 № АГ/82030/17:

<https://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ag-82030-17>

С учетом современного состояния рынков должны быть исключены «иммунитеты» для применения антимонопольного законодательства в объектам интеллектуальной собственности.

Программное обеспечение, базы данных, системы управления признаются результатом интеллектуальной деятельности (РИД), и они защищены законом. При этом в сфере информационных технологий вводится в оборот программное обеспечение, являющееся РИД, но в отношении таких действий, когда они осуществляются на территории Российской Федерации, применяется изъятие из общих правил защиты конкуренции (п.4 ст. 10 закона «О защите конкуренции»). Так, например, доминант может устанавливать в лицензионном договоре:

- требования о приобретении товаров, работ, услуг, в том числе являющихся РИД или создаваемых с их использованием, не относящихся непосредственно к предмету лицензионного договора, даже если такие товары, работы, услуги являются взаимодополняющими (так называемая «практика связывания»);
- ограничения по поставке товара, создаваемого с использованием РИД, по географическому признаку, по кругу потребителей, по виду и (или) объему поставляемой продукции;
- запрет партнеру заключать иные договоры с конкурентами правообладателя (так называемое «положение об избежании конкуренции»);
- для партнеров отдельной страны (России) условия, несоизмеримо худшие, чем условия для партнеров из других стран. Такая ситуация может быть критичной в случае, если, например, предметом договора является стандартообразующая технология (патент): тогда российская продукция (оборудование) так и останется неконкурентноспособной на международной арене;
- для различных партнеров необоснованные дискриминационные условия с явной целью создания отдельными партнерами преимущества на рынке;
- ограничения по самостоятельному определению цен на продукцию;
- ограничения вплоть до полного запрета возможности партнера использовать собственную технологию или технологии иных лиц;
- в случае предоставления права доработки/модификации, требование о передаче прав на модификацию ему или определенному лицу.

Все вышеперечисленные действия могут совершаться путем заключения горизонтальных или вертикальных соглашений, а также может заключаться соглашение владельца исключительного права и иного лица,

предусматривающее выплаты за отказ от производства аналогичного товара или за задержку разработки технологии.

Действующие нормы антимонопольного законодательства не позволяют обеспечить равные условия для конкуренции иностранных и российских поставщиков на смежных рынках в условиях цифровой экономики. Поэтому ФАС России планирует определить порядок применения антимонопольного законодательства к действиям и соглашениям по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Важнейшим аспектом защиты конкуренции в отношении прав на РИД является то, как именно, на основании каких принципов и методологии антимонопольное регулирование будет применяться к сфере интеллектуальной собственности.

Безусловно, антимонопольное регулирование при этом должно быть основано на принципах разумности и поощрения инноваций, что прямо предусмотрено действующим законом «О защите конкуренции».

Другие подходы к регулированию и правоприменению

По мнению ФАС России, многие вопросы конкуренции в электронной торговле являются предметом регулирования не только антимонопольного права, и должны обсуждаться конкурентами ведомствами совместно с другими органами государственной власти и экспертным сообществом.

В настоящее время Российская Федерация совместными усилиями экспертов из разных правовых областей прорабатывает подходы к регулированию трансграничной электронной торговли.

В 2017 году на базе ФАС России была сформирована рабочая группа с участием представителей федеральных органов исполнительной власти, отраслевых ассоциаций, научных организаций, бизнеса, деятельность которой направлена на поиск и выработку подходов к решению проблемы формирующихся неравных условий ведения бизнеса для российских и иностранных продавцов (интернет-площадок) в сфере электронной торговли.

В частности, иностранные интернет-продавцы направляют товары российскому покупателю как «товары для личного пользования», в отношении которых действует специальный таможенный режим. Данным режимом предусматривается, что товарные вложения весом до 31 кг и оценочной стоимостью менее 1000 евро в месяц не облагаются таможенными сборами.

В настоящее время в Российской Федерации иностранные интернет-магазины не уплачивают налог на добавленную стоимость (18%) товаров, проданных российскому покупателю.

Кроме того, товары, перемещаемые в международных почтовых отправлениях, практически во всех случаях не облагаются таможенными пошлинами (средняя стоимость товаров в посылке составляет чуть больше 1000 рублей).

При таких условиях у иностранных поставщиков есть возможность снизить издержки и предложить более привлекательную цену на продаваемый товар, что ставит их в преимущественное положение по сравнению с их российскими конкурентами.

В ходе заседаний вышеупомянутой рабочей группы в течение 2017 года прорабатывались две схемы решения проблемы формирующихся неравных условий.

Во-первых, рассматривается возможность введения обязательного НДС – регистрации с возложением уплаты НДС товара на интернет-магазины, интернет-площадки (в качестве налоговых агентов), если местом реализации товара является Российская Федерация.

При заключении сделки купли-продажи товара онлайн на зарубежной электронной торговой площадке (в интернет-магазине) в цену товара предлагается включать российский НДС в случае, если зарубежный интернет-магазин прошел процедуру НДС-регистрации.

Предполагается, что механизм НДС-регистрации будет базироваться на уже существующей инфраструктуре НДС-регистрации – сервисе «НДС – офис интернет-компаний»¹⁴. С его помощью с 1 января 2017 года зарубежные интернет-компании могут подать заявление о постановке на учет в российских налоговых органах, пройти онлайн тест и самостоятельно проверить, нужно ли иностранной компании, оказывающей услуги в электронной форме, вставать на налоговый учет в России. Для постановки на учет иностранной компании необходимо заполнить заявление с помощью сервиса и приложить выписку из реестра иностранных юридических лиц соответствующей страны происхождения или иного равного по юридической силе документа. Данный механизм хорошо себя зарекомендовал.

¹⁴ Механизм введен Федеральным законом от 03.07.2016 № 244-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации», который вступил в силу 01.01.2017.

Вместе с тем в качестве проблем при администрировании НДС-регистрации рабочей группой было выявлено следующие проблемы:

1. Отсутствуют механизмы понуждения иностранных компаний (продавцов и интернет-агрегаторов) к регистрации и уплате НДС.
2. Продавец может не встать на учет.
3. Существует риск занижения налогооблагаемой базы.

При этом в качестве мотивации к регистрации могут послужить репутационные риски крупных иностранных компаний.

Во-вторых, рассматривается возможность введения таможенного сбора. Схема предполагает детальное администрирование порядка совершения таможенных операций в отношении товаров, пересылаемых в адрес физических лиц.

Схема таможенного сбора предусматривает автоматизацию таможенного контроля регистрируемых почтовых отправок в месте международного почтового обмена.

Предполагается создание информационной системы, управляемой уполномоченным оператором, в которую все назначенные операторы и перевозчики товаров, пересылаемых в адрес физических лиц, будут предоставлять информацию об отправленных товарах и их стоимости добровольно или на основе двусторонних договоров с ФГУП «Почта России».

Таможенный орган сверяет данные о товаре в почтовом отправлении с фактом уплаты сбора логистическому оператору. В случае подтверждения уплаты сбора товар (посылка) выпускается на территорию Российской Федерации.

Рабочая группа полагает, что администрирование таможенного сбора в качестве эксперимента может быть инициировано приказом ФТС России.

Также рабочая группа полагает, что введение таможенного сбора необходимо согласовывать с сопредельными странами для целей исключения случаев ввоза товаров на территорию Российской Федерации из стран с более высокими лимитами беспошлинного ввоза.

Рабочая группа продолжила свою деятельность в 2018 году, поскольку пока не представляется возможным осуществление объективного расчета экономического эффекта при реализации предлагаемых подходов, в том числе ожидаемых размеров поступлений в федеральный бюджет, для осуществления выбора наиболее оптимальной схемы уравнивания условий ведения деятельности компаниями с использованием сети Интернет.