

Федеральное государственное образовательное бюджетное учреждение
высшего образования
«Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации»

На правах рукописи

Глускер Евгений Александрович

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ
ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЮ
ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ
НА РЫНКЕ ЦИФРОВЫХ
ТЕХНОЛОГИЙ

5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки

ДИССЕРТАЦИЯ
на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель

Оганова Наталья Валерьевна,
кандидат юридических наук, доцент

Москва – 2024

Оглавление

Введение.....	3
Глава 1 Теоретико-правовые основы регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий	14
1.1 Понятие и признаки доминирующего положения.....	14
1.2 Понятие, способы, формы и виды злоупотребления доминирующим положением.....	26
1.3 Понятие и правовая характеристика рынка цифровых технологий	43
Глава 2 Правовое обеспечение добросовестной конкуренции на рынке цифровых технологий.....	64
2.1 Злоупотребление доминирующим положением как нарушение принципа свободы договора	64
2.2 Отказ от заключения сделки как способ злоупотребления доминирующим положением.....	75
2.3 Злоупотребление доминирующим положением путем связывания на рынке цифровых технологий	84
Глава 3 Перспективы развития правового регулирования в области противодействия злоупотреблению доминирующим положением в России и за рубежом	96
3.1 Опыт иностранных государств по противодействию злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий	96
3.2 Правовое регулирование определения конкурентного положения коммерческих организаций на рынке цифровых технологий	117
Заключение	129
Список литературы	138

Введение

Актуальность темы исследования. За последние десятилетия рынок цифровых технологий стал играть все более важную роль в функционировании общества. Экономическая деятельность, коммерческие транзакции и профессиональное взаимодействие во все большей степени становятся возможными и удобными с помощью цифровых технологий. Цифровые платформы и экосистемы все чаще дополняют нецифровых операторов в различных секторах и отраслях, которые предоставляют жизненно важные социальные услуги. Развитие рынка цифровых технологий лежит в основе повышения производительности труда на производстве. За последние годы цифровые технологии полностью изменили представления ученых о возможностях злоупотребления доминирующим положением хозяйствующими субъектами. В стратегии развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период до 2030 года [12] отмечается, что спецификой российской экономики является существенная зависимость от деятельности субъектов, занимающих доминирующее положение на различных рынках, в том числе на рынке цифровых технологий. В данном документе отдельно подчеркивается, что доля хозяйствующих субъектов, которые не ощущают конкурентного давления доходит до 25 процентов.

Кризис, вызванный пандемией коронавирусной инфекции, показал особую важность доступа к новым цифровым рынкам. Научно-технический прогресс во всех отраслях российской экономики способствовал росту влияния и усилению значения цифровых гигантов, как, например, Ozon, Wildberries и другие, что привело к появлению различного рода сложностей, прежде всего в области правоприменения. Ввиду указанных обстоятельств важно разработать правила противодействия случаям связывания, необоснованному блокированию доступа к цифровым платформам и другим злоупотреблениям доминирующим положением на рынке цифровых

технологий. Так, в России за 2022 год было выявлено 1680 нарушений антимонопольного законодательства, из которых 424 нарушения – это злоупотребление доминирующим положением [136]. В Распоряжении Правительства Российской Федерации от 02.09.2021 № 2424-р «Об утверждении Национального плана («дорожной карты») развития конкуренции в Российской Федерации на 2021 - 2025 годы» [8] в качестве факторов, сдерживающих конкуренцию, определены высокая доля государственного сектора в экономике и монополизация рынков, урегулирование которых возможно только при совершенствовании законодательства. Наблюдается все более активное использование хозяйствующими субъектами различных информационных систем, программных продуктов и технологий. При этом отсутствует правовая база рынка цифровых технологий, что негативно воздействует на развитие экономики Российской Федерации.

Остаются нерешенными вопросы, установления последствий (или угрозы их наступления) злоупотребления доминирующим положением в виде ограничения конкуренции на смежном рынке, вопросы связанные с невозможностью квалификации необоснованного повышения цены как антимонопольного нарушения. На сегодняшний день в науке предпринимательского права отсутствует ряд понятий, таких как «рынок цифровых технологий», «навязывание невыгодных контрагенту условий договора», «необоснованное связывание». В следствие этого появляются неравные условия осуществления деятельности хозяйствующими субъектами.

Небольшое число исследований в конкурентном праве, а также наличие явной необходимости совершенствования законодательства в данной области, позволяет считать тему предложенного исследования актуальной.

Степень разработанности темы исследования. Вопросам правового регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим

положением на рынке цифровых технологий посвящен ряд работ представителей юридической и экономической науки.

Понятие «доминирующее положение» исследовалось в работах таких известных правоведов, как А.Н. Варламовой, Е.А. Войниканис, В.И. Грибанова, В.И. Емельянова, А.О. Иншаковой, Н.И. Клейн, К.М. Хутова.

Исследованию злоупотребления доминирующим положением посвящены работы следующих ученых-юристов: А.В. Баркова, Д.Д. Богданова, Е.Ю. Борзило, Ю.М. Боченкова, Н.Ф. Галимхановой, Д.В. Галушко, В.Н. Даниленко, М.Ю. Козловой, Т.В. Лариной, С.А. Пузыревского, Г.Ф. Ручкиной.

Доктринальное осмысление понятия «рынок», с учетом которого в исследовании была предпринята попытка сформулировать ряд определений понятий, представлено в работах таких ученых, как А.Е. Галицкий, С.А. Паращук, Д.А. Петров и др.

Экономические подходы к реализации механизма противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий рассмотрены в трудах ученых-экономистов: С.Б. Авдашевой, И.В. Князевой, Р.С. Пиндайк, Д.Л. Рабинфельда, А.Г. Цыганова, А.Б. Шаститко.

При этом вопросам правового регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий в системе отечественного права уделяется недостаточное внимание, что определило необходимость проведения данного исследования.

Цель исследования состоит в разработке теоретических положений и практических рекомендаций, направленных на совершенствование правового регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий.

Для достижения цели были поставлены следующие **задачи**:

1) сформулировать определение понятия «рынок цифровых технологий» на основе выявленных существенных признаков;

2) сформулировать критерии оценки сетевых эффектов для определения злоупотребления доминирующим положением хозяйствующим субъектом на рынке цифровых технологий;

3) на основе выявленных существенных признаков сформулировать понятие «доминирующий покупатель»;

4) исследовать специфику свободы договора в области злоупотребления доминирующим положением на рынке цифровых технологий и сформулировать определение понятия «навязывание»;

5) выявить факторы, при которых отказ от заключения сделки не является злоупотреблением доминирующим положением;

6) сформулировать определение понятия «необоснованное связывание» и обосновать значимость данного понятия для выявления злоупотреблений доминирующим положением на рынке цифровых технологий;

7) проанализировать положительную зарубежную правоприменительную практику в целях совершенствования российского конкурентного законодательства, и на ее основе сформулировать способы противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий.

Объектом исследования являются общественные отношения, возникающие в сфере противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий.

Предметом исследования являются нормы российского и зарубежного конкурентного законодательства, регулирующие деятельность по противодействию злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий, а также правоприменительная практика и научные исследования в указанной области.

Область исследования диссертации соответствует пункту 16. «Частноправовые аспекты поддержки конкуренции и

противодействия недобросовестной конкуренции» Паспорта научной специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические науки) (юридические науки).

Методология и методы исследования. Методологическую основу исследования составили общенаучные методы, среди которых: диалектический, функциональный, анализа и синтеза, индукции и дедукции, аналогии, прогнозирования и др. Наряду с общенаучными методами, использовались частно-научные методы: нормативно-логический, сравнительно-правовой, формально-юридический, метод правового моделирования. Формально-юридический метод применялся для формулирования терминов «рынок цифровых технологий», «навязывание», «необоснованное связывание». Посредством использования сравнительно-правового метода исследования были изучены нормы конкурентного права России и зарубежных стран, в том числе государств БРИКС (на примере Бразилии, Индии, Китая), регламентирующие противодействие злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Нормативно-логический метод и метод правового моделирования были использованы при формировании предложений по совершенствованию законодательства.

Теоретическую основу исследования составляют труды отечественных и зарубежных ученых, посвященные правовому регулированию противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий.

Нормативная база исследования состоит из следующих нормативных правовых актов: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ; Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»; Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»; Указ Президента Российской Федерации от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики

по развитию конкуренции» (вместе с «Национальным планом развития конкуренции в Российской Федерации на 2018 - 2020 годы»); Распоряжение Правительства Российской Федерации от 02.09.2021 № 2424-р «Об утверждении Национального плана («дорожной карты») развития конкуренции в Российской Федерации на 2021 - 2025 годы» и другие, а также включает зарубежные нормативные правовые акты.

Эмпирическая база исследования состоит из материалов правоприменительной практики в сфере противодействия злоупотреблению доминирующим положением, а также статистических данных и материалов средств массовой информации.

Научная новизна заключается в разработке теоретических положений и практических рекомендаций, направленных на совершенствование правового регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий.

Сформулировано понятие «рынок цифровых технологий» и выявлены существенные признаки данного понятия.

Разработаны критерии оценки сетевых эффектов для определения злоупотребления доминирующим положением хозяйствующим субъектом на рынке цифровых технологий.

Сформулировано понятие «доминирующий покупатель» и выявлены существенные признаки данного понятия.

Определена специфика свободы договора в области злоупотребления доминирующим положением на рынке цифровых технологий, и на ее основе сформулировано понятие «навязывание».

Выявлены факторы, при которых отказ от заключения сделки не является злоупотреблением доминирующим положением.

Разработано понятие «необоснованное связывание» и выявлены существенные признаки данного понятия.

На основе зарубежной практики сформулированы способы противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий.

Положения, выносимые на защиту:

1) Определено, что в целях развития доктрины предпринимательского права рынок цифровых технологий представляет собой комплекс правоотношений, характеризующийся многосторонностью субъектов (клиенты, потребители, покупатели, продавцы и рекламодатели), наличием цифровых платформ с помощью которых обеспечивается прямое взаимодействие (общение, получение информации, совершение покупок, предоставление услуг, распоряжение и защита прав интеллектуальной собственности), сетевыми эффектами, наличием больших данных, использованием услуг с нулевой ценой, осуществлением транзакций между несколькими группами сторонних пользователей, возможностью совершения гражданско-правовых сделок (С. 45-56; 62).

2) Установлена целесообразность оценки сетевых эффектов как факторов злоупотребления доминирующим положением хозяйствующим субъектом на рынке цифровых технологий. Разработаны следующие критерии оценки сетевых эффектов: размер и охват сети; вовлечение пользователей; влияние экосистемы; затраты на переход; блокировка функций (С. 37-39).

3) Сформулировано определение понятия «доминирующий покупатель», под которым понимается хозяйствующий субъект, обладающий способностью осуществлять деятельность самостоятельно, контролирующей значительную часть соответствующего рынка в качестве покупателя соответствующего товара, услуги или технологии и имеющий возможность влиять на уровень цен на данном рынке. Доказана возможность злоупотребления доминирующим положением доминирующим покупателем в соответствии с ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» (С. 39-40).

4) Доказано, что навязывание доминирующим хозяйствующим субъектом невыгодных условий договора является основной формой нарушения принципа свободы договора. Предлагается рассматривать навязывание как действия (бездействие) доминирующего хозяйствующего субъекта по принуждению контрагента к принятию условий договора не выгодных для него или не относящихся к предмету договора, а также действия по принуждению к включению в договор спорных условий о повышенной ответственности за их неисполнение под угрозой не заключать договор вообще (С. 69-75).

5) Обосновано, что отказ от заключения сделки не будет являться злоупотреблением доминирующим положением, если существуют факторы незаменимости продукта или услуги, а также экономической обоснованности совместного использования продукта или услуги на рынке цифровых технологий. Под незаменимостью продукта или услуги подразумевается отсутствие товаров-заменителей или альтернатив, которые могут эффективно выполнять ту же роль (С. 78-84).

6) Доказано, что необоснованное связывание товаров или услуг является самостоятельным видом злоупотребления доминирующим положением на рынке цифровых технологий, под которым понимаются действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, заключающиеся в намерении продать один продукт, но только при согласии покупателя на покупку другого(связанного) продукта, при этом хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, имеет достаточную экономическую власть на соответствующем товарном рынке, чтобы исказить выбор потребителей в отношении связанного продукта (С. 85-95).

7) На основе опыта иностранных государств, предлагаются следующие способы противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий: совместимость и переносимость данных. Под совместимостью данных подразумевается способность двух или более

систем, или приложений обмениваться информацией и взаимно использовать информацию, которой был произведен обмен. Переносимость данных – это право, ориентированное на пользователя, при котором он может потребовать переносить свои данные с одной цифровой платформы на другую. Обосновано, что данные способы, увеличат конкуренцию за счет снижения барьеров входа для конкурентов и уменьшения затрат для потребителей (С. 111-117).

Теоретическая значимость работы состоит в дополняющей науку предпринимательского и конкурентного права концепции противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Полученные в ходе исследования результаты позволяют усовершенствовать дальнейшую разработку способов противодействия злоупотреблению доминирующим положением. Выводы исследования содержат конкретные рекомендации по противодействию злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий.

Практическая значимость работы заключается в возможности использования выводов и практических предложений, сформированных в ходе исследования, в целях совершенствования правового регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Материалы исследования могут быть использованы в преподавании таких дисциплин, как «Конкурентное право», «Предпринимательское право», «Торговое право», а также при подготовке учебников и учебных пособий по данным дисциплинам.

Степень достоверности, апробация и внедрение результатов исследования. Достоверность результатов исследования подтверждается широким использованием эмпирического материала, который соответствует цели и задачам исследования. Основные результаты исследования и выводы, сформированные в ходе работы, нашли свое отражение в выступлениях на научных мероприятиях: на Международном научно-практическом симпозиуме «Актуальные вопросы публично-правового регулирования

экономических отношений в Российской Федерации» (Москва, РЭУ имени Г.В. Плеханова, 23 декабря 2021 г.); на VIII Международной научно-практической конференции «Юриспруденция, Государство и право: актуальные вопросы и современные аспекты» (г. Пенза, МЦНС «Наука и просвещение», 5 марта 2022 г.); на Международном научно-практическом симпозиуме «Актуальные вопросы публично-правового регулирования экономических отношений» (Москва, РЭУ имени Г.В. Плеханова, 7 декабря 2022 г.); на II Международной научно-практической конференции молодых ученых «Трансформация информационно-коммуникативной среды общества в условиях вызовов современности» (г. Комсомольск-на-Амуре, 30 ноября – 1 декабря 2023 г.); на Всероссийской научно-практической конференции «Генезис и онтология инновационно ориентированной деятельности в условиях цифровизации» (г. Омск, Научно-издательский центр «Аэтерна», 28 декабря 2023 г.).

Основные результаты исследования используются в практической деятельности Общества с ограниченной ответственностью «Ростовская фармацевтическая фабрика». В частности, внедрена разработанная в диссертации модель выявления антиконкурентных «связанных» соглашений, позволяющая существенно увеличить стоимость компании. Кроме того, используется подход к алгоритмам ценообразования для превентивного выявления любых потенциальных нарушений, который нашел отражение в создании внутреннего документа компании. Внедренные положения способствовали повышению эффективности финансовых операций компании.

Обозначенные в работе выводы реализуются в практической деятельности Общества с ограниченной ответственностью «Инмедикум». Так, внедрена разработанная в диссертации модель использования совместимости и переносимости данных, позволяющая существенно увеличить стоимость компании и снизить издержки клиентов. Также,

используется подход к навязыванию невыгодных условий договора, который нашел отражение в создании внутреннего документа компании. Предложенные положения способствовали повышению эффективности управления в организации.

Материалы исследования используются Кафедрой правового регулирования экономической деятельности Юридического факультета Финансового университета в преподавании учебных дисциплин «Конкурентное право», «Предпринимательское право».

Апробация и внедрение результатов исследования подтверждены соответствующими документами.

Публикации. По теме исследования опубликовано 10 работ общим объемом 4,17 п.л. (весь объем авторский), в том числе 4 работы авторским объемом 2,30 п.л. опубликованы в рецензируемых научных изданиях, определенных ВАК при Минобрнауки России.

Структура и объем диссертации обусловлены целью, задачами, объектом и предметом исследования. Диссертация состоит из введения, трех глав, заключения, списка литературы, состоящего из 147 наименований. Текст диссертации изложен на 160 страницах.

Глава 1

Теоретико-правовые основы регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий

1.1 Понятие и признаки доминирующего положения

Особое место в антимонопольном регулировании занимает такое понятие как доминирующее положение. Разъяснение сущности данного понятия, постоянно обсуждаемого в научных кругах, а также среди юристов-практиков, необходимо, так как ретроспективное его применение создает огромные материальные риски. Установление четких правил предпринимательской деятельности имеет принципиальное значение, поэтому на практике факт признания или неполучения статуса доминанта исследуется наиболее тщательным образом.

Сочетание «доминирующее положение» пришло из французского языка «position dominante». Данное понятие используется в антимонопольном законодательстве с целью оценить потенциал возможности хозяйствующих субъектов на рынке осуществлять деятельность независимо от конкурентов и определять цены по своему желанию. В науке существует несколько позиций относительно того, когда впервые было сформулировано наиболее общее определение доминирующего положения. Так, согласно В.В. Безбаху [69], определение доминирующего положения было дано Европейской комиссией в 1972 году в деле *Continental Can v. Commission* [45]. Под доминирующим положением в этом деле понимается такое состояние предприятия, когда у него есть возможность, по фактору наличия рыночной доли и другим факторам, формировать и ставить цену, а также осуществлять контроль за производством товара. Отдельно стоит выделить вопрос о разграничении

доминирующего положения и злоупотребления таким положением, который был поставлен заявителями в этом деле.

Ряд других ученых также дают свои определения доминирующего положения. По мнению В.И. Емельянова [73], доминирующее положение представляет собой право гражданина, с помощью которого у него появляются значимые преимущества в сопоставлении с другими лицами, что позволяет ему определять условия присутствия на рынке. Л.М. Энтин [91] подчеркивает, что только в случае если предприятие может не учитывать значение конкурентов и не утрачивать долю на рынке, такое предприятие располагает рыночной силой. А.О. Иншакова в учебнике «Право Европейского союза» [86] пишет о том, что очень важным показателем наличия доминирующего положения является обладание хозяйствующим субъектом средствами, которые недоступны конкурентам. Также есть мнение [77], что наиболее общее и точное определение дал Суд Европейского Союза (далее – ЕС) в деле 27/76 *United Brands v. Commission* [46]. Согласно материалам данного дела, субъект-доминант обладает способностью к принуждению своих конкурентов выполнять интересующие его условия, что значительно осложняет конкурентную среду на рынке.

Также стоит привести мнение заслуженного юриста Российской Федерации, доктора юридических наук Г.Ф. Ручкиной [132] о том, что в современных условиях создание устойчивой правовой базы предпринимательской деятельности имеет ключевое значение для защиты конкуренции в России.

Важно отметить, что исторически первой попыткой дать правовую характеристику доминирующего положения является принятие в конце 1890 года в США Акта Шермана [15]. Данный акт был направлен на защиту от монополий и ограничений свободной конкуренции, при этом под монополией понималось именно доминирующее положение на рынке. Так, если компания контролировала более 65 процентов рынка она считалась монополией [109].

В основе акта – запрет на:

- соглашения, объединения и тайный сговор по ограничению торговли;
- монополизацию и попытки тайного сговора о монополизации.

Также хотелось бы выделить определение из Типового закона о конкуренции ЮНКТАД [16]. В данном законе предприятие считалось доминирующим в случае, когда оно предпринимает действия самостоятельно, либо совместно с другими хозяйствующими субъектами, что способствует установлению контроля на определенном рынке. В этом законе упоминается о том, что если на товарном рынке рыночная сила у нескольких предприятий, действующих совместно, достаточно значительна, то в таком случае эти предприятия признаются занимающими доминирующее положение.

А.Н. Кайль [75] замечает, что нужно учитывать динамику рынка при анализе, является ли предприятие доминантом, так как большинство судебных дел основывается на неподвижной характеристике.

Несмотря на то, что ряд ученых отмечает, что антимонопольное законодательство уходит корнями в XVIII век, стоит согласиться, что длительной предыстории у него нет [78; 82; 124]. Уложения, имеющие юридическую силу в дореволюционной России, не оказали воздействия на нынешнее антимонопольное законодательство. Основоположники Советской России отрицали рыночную экономику и, в частности, такой термин, как конкуренция. Так, 14 декабря 1917 года был издан декрет ВЦИК [23], устанавливающий все банковское дело государственной монополией. Лишь в 1987 году Генеральным секретарем ЦК КПСС М.С. Горбачевым была признана необходимость бороться с монополиями. Законодательно это было отражено в законе СССР «О государственном предприятии (объединении)» [24]. Так, в этом законе появился принцип экономического соревнования, который подразумевал ограничение монопольного положения предприятий. Помимо этого, в нем указывалось на то, что вышестоящие органы государственных предприятий должны предпринимать все усилия для

противодействия монополиям. В 1988 году издается Закон СССР «О кооперации в СССР» [25], в котором впервые упоминается конкуренция. Однако законодательного определения конкуренции представлено не было. Можно сделать вывод, что данный закон положил начало правовому регулированию конкурентных отношений в СССР.

Ключевым документом, который заложил фундамент нынешнего конкурентного законодательства стало Постановление Совмина СССР от 16 августа 1990 года № 835 «О мерах по демонополизации народного хозяйства» [26]. Пункт 2 Постановления предписывал органам государственного управления правительства союзных республик необходимость осуществлять всевозможные действия по борьбе с монополиями, и при этом нельзя было осуществлять следующее:

- хозяйствующим субъектам, имеющим доминирующее положение значительно снижать объемы производимой продукции;
- при наличии способности производить товары отказывать в заключении соглашений;
- выставлять заведомо невыгодные положения соглашений;
- создавать исключительно положительные или исключительно отрицательные правила для отдельных хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение.

В российском законодательстве понятие доминирующего положения было введено сравнительно недавно – в 1991 году в Законе «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» [6]. В вышеупомянутом законе наиболее значимым параметром, определяющим доминирующее положение, указывалась доля, которую имело предприятие на определенном рынке от 65 процентов. В случае, когда доля неизменна, а также отмечаются глубокие входные барьеры, даже в случае размера доли от 35 процентов, хозяйствующий субъект признается доминантом. Из состава данной нормы видится, что для определения доминирующего положения выделялись количественные и качественные критерии. Количественным

критерием служила доля, которую имело предприятие на определенном рынке, под качественным критерием понималось, была ли способность у предприятия воздействовать на товарный рынок. Н.И. Клейн [81] утверждала, что определение, данное в законе 1991 года, является комплексным. Тем не менее стоит сформулировать, что на практике главным считался именно количественный критерий. Антимонопольные регуляторы рассчитывали долю предприятия на определенном рынке и исходя из нее определяли занимает ли доминирующее положение данный субъект или нет. Суды, в свою очередь, поддерживали эту позицию. В ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) указано: «Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке» [1]. Статья 5 Федерального закона «О защите конкуренции» [2] дает такое определение: «Доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам». Мурманское Управление Федеральной антимонопольной службы России (далее – ФАС России) [140] качественным критерием определяет способность предприятия устранять с товарного рынка других хозяйствующих субъектов, либо затруднять субъектам доступ на товарный рынок, либо оказывать решающее влияние на условия обращения товара на товарном рынке. Еще одним качественным критерием будет являться расценивание предприятия субъектом естественной монополии, что означает, что он обладает доминирующим положением.

В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» [27] выделяются следующие качественные критерии:

- решающее влияние на общие условия обращения товара;
- устранение конкурентов с товарного рынка;
- затруднение доступа на рынок.

В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства», указывается, что оценка не должна быть формальной, например, отсутствие входа новых конкурентов не подтверждает монополизацию рынка.

Помимо качественных есть и количественные критерии. Важно заметить, что они действуют для всех хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации).

Если доля хозяйствующего субъекта равна или превосходит 50 процентов на товарном рынке, в таком случае данный субъект рассматривается как доминирующий. Исключения составляют ситуации, в которых достоверно известно отсутствие доминирования хозяйствующего субъекта.

Есть мнение, что это недоработка законодательства и необходимо увеличить количество случаев, когда субъект не признается занимающим доминирующее положение при размере доли более 50 процентов [103]. В случае размера доли не менее тридцати пяти процентов, но не более пятидесяти процентов, доминирующее положение определяется по следующим параметрам:

- стабильность доли на определенном рынке;
- размер доли конкурентов;
- вероятность выхода новых предприятий на данный рынок.

При этом важно заметить, что сам перечень не является закрытым. Так, А.Н. Кайль [74] считает, что в каждом конкретном случае должны использоваться разные критерии, а целью должно являться изучение реакции исследуемого субъекта на давление конкурентов и возможности воздействовать на конкуренцию. Существует мнение, что порог в тридцать пять процентов слишком высокий, и его необходимо снижать. Такого мнения придерживается Ю.М. Боченков, который считает, что порог надо снизить до десяти-пятнадцати процентов [98].

Также, в специальных законах установлены отличные количественные характеристики от названных в Федеральном законе «О защите конкуренции». Например, в Федеральном законе «О связи» – для оператора связи превышение 25 процентов его доли на рынке означает его доминирование [5].

Важно подчеркнуть, что в законодательстве не конкретизируется по какому критерию нужно определять статус хозяйствующего субъекта как доминантный. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в 2008 году [28] указал, что для признания доминирующего положения хозяйствующего субъекта необходимо определить занимаемую данным субъектом долю на рынке. Следовательно, можно сделать вывод о том, что качественный критерий играет значительно меньшую роль, и без определения доли на рынке признать доминирующее положение хозяйствующего субъекта нельзя.

Отдельно необходимо остановиться на таком качественном критерии как входной барьер на рынок. Компания-доминант может не ощущать воздействия со стороны конкурентов, так как конкуренты не могут пройти на рынок из-за входных барьеров. В науке нет единого мнения о том, что собой представляет входной барьер на рынок. Одни считают, что ключевыми причинами затруднения выхода на рынок являются разного рода издержки, но при этом до сих пор не понятно оказывают ли данные издержки воздействие на конкуренцию во всем мире или только в определенных

регионах [68; 87; 93; 102]. Другие считают, что главной сложностью является постоянное обновление правил для новых участников рынка, в то время как для действующих участников созданы преференции и более выгодные условия за счет накопленного опыта [67; 82; 95; 99].

На рынке цифровых технологий существует несколько конкретных барьеров для входа. Главным потенциальным барьером является сбор данных. Действующие компании могут накапливать большие базы данных и использовать эти базы для выхода на другие рынки со значительным преимуществом. Однако в каждом отдельном случае следует учитывать, играют ли эти данные значительную роль при входе на рынок. Также сочетание масштаба и охвата на рынке цифровых технологий ставит перед регулирующими органами новые задачи. Одна из проблем состоит в том, чтобы просто получить представление о том, как работают эти все более сложные предприятия. В результате потенциальные участники рынка будут нести более высокие затраты, чем действующие участники, по крайней мере, до тех пор, пока они не смогут привлечь потребителей [104]. Таким образом, входные барьеры показывают, существует ли угроза потенциальной конкуренции. Данная угроза сможет сдержать применение антиконкурентных практик, так как для доминанта, по крайней мере в краткосрочной перспективе, это будет невыгодно.

Представляется важным уделить особое внимание Постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства». Так, Верховный Суд определил, что существенным нарушением будет непредставление возможности ознакомиться с аналитическим отчетом. Непредставление аналитического отчета дает обоснованные сомнения в том, существовал ли он на момент принятия судебного решения. Дополнительно Верховный Суд разъяснил, что аналитический отчет, составленный после решения по делу не должен приниматься. Помимо этого, Верховный Суд разъяснил:

– аналитический отчет должен отвечать требованиям закона, предъявляемым к письменным доказательствам;

– аналитический отчет может быть подготовлен не только антимонопольным органом, но и лицами, обладающими специальными познаниями;

– суд вправе обязать антимонопольный орган и (или) иное лицо представить первичные материалы, на основании которых составлен аналитический отчет.

Тем не менее стоит выделить вопросы, которые могли бы войти в разъяснение, а именно необходимость соблюдения требований Приказа ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» [10] при составлении аналитического отчета:

– обязательность проведения всех этапов (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 1162/13 по делу № А03-1338/2012) [29];

– необходимость установления границ рынка с применением соответствующих методов, в первую очередь теста «гипотетического монополиста» (Дело № А40-90347/2017) [33];

– необходимость установления барьеров и анализа их преодолемости.

Помимо этого, было выявлено следующее несоответствие. Оно заключается в том, что при анализе нарушения временной интервал исследования должен включать в себя период нарушения. Однако антимонопольный орган, составляющий аналитический отчет, долгое время рассматривает дело, а при принятии решения учитывает только отчет за один год, при том, что дело может длиться два, три и более лет. Таким образом, использование результатов ранее проведенных исследований допустимо только при условии проведения анализа за период, который не охватывается ранее проведенным анализом (Дело № А40-137192/18) [34].

Также существует и коллективное доминирующее положение. Впервые пункт об условиях признания такого положения появился в Федеральном законе «О защите конкуренции» в 2006 году. Такими условиями являются:

– совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает пятьдесят процентов, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает семьдесят процентов (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем восемь процентов);

– в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

– реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Верховный Суд в своем Постановлении дал следующее описание коллективному доминирующему положению. Коллективное доминирующее положение означает общую совокупную рыночную власть, то есть совокупное влияние субъектов на рынок. Представляется, что, если формально три хозяйствующих субъекта попадают под определение коллективного доминирующего положения, но только один из участников

оказывает значимое воздействие, в таком случае коллективное доминирующее положение отсутствует.

Важным вопросом, не разъясненным Верховным Судом, является невозможность квалификации как злоупотребления коллективным доминирующим положением действий только одного субъекта коллективного доминирования. Можно дать следующее определение коллективному доминированию – это такое положение нескольких хозяйствующих субъектов, при котором каждый из них оказывает влияние, характерное для индивидуального доминирования, при условии присутствия на рынке хозяйствующих субъектов, обладающих таким же влиянием.

В ходе исследования было выявлено, что ряд вопросов в новом постановлении Верховного Суда не был рассмотрен. Так, не было прописано, что необходимо устанавливать в совокупности все условия, предусмотренные п. 1-3 ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О защите конкуренции». К сожалению, на практике суды останавливаются только на размере долей и не учитывают остальные условия.

Для расчета доли хозяйствующего субъекта на рынке используются специальные методики. Эти методики закреплены в приказах ФАС России [9]. Методики разрабатываются и внедряются в практику в целях исполнения Указа Президента Российской Федерации от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции», утвердившего Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2018-2020 годы [7]. Стоит заметить присутствие реестра хозяйствующих субъектов-доминантов, что имело важное значение для контроля их деятельности и недопущения нарушений, однако после 2016 года реестр прекратил свое существование.

Данные хозяйствующие субъекты должны были соблюдать следующие требования:

– ведение специальной формы, в которой указывалась статистика предприятия;

– обязанность предварительного обсуждения и одобрения сделок с ФАС России.

По данным субъектам возбуждались дела по так называемой упрощенной процедуре.

Таким образом в результате исследования был сделан ряд выводов. Было выявлено, что при составлении аналитического отчета временной интервал исследования состояния конкуренции должен включать в себя период нарушения. Однако антимонопольный орган, составляющий аналитический отчет, долгое время рассматривает дело, а при принятии решения учитывает только отчет за один год, при том что дело может длиться два, три и более лет.

Думается, что механизм судебных экспертиз используется в судебной практике при установлении доминирующего положения недостаточно. Представляется полезность данного механизма в случаях разногласий по вопросам расчета долей на рынке и определения признаков доминирующего положения.

Обосновывается необходимость соблюдения требований Приказа ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» [10] при составлении аналитического отчета. Думается, стоит порекомендовать ФАС России закрепить обязательность проведения всех этапов, необходимость установления границ рынка посредством использования SSNIP-теста.

Также представляется важным прописать в рекомендациях ФАС России, исполнять в совокупности все условия, предусмотренные п. 1-3 ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О защите конкуренции».

1.2 Понятие, способы, формы и виды злоупотребления доминирующим положением

Чтобы разобраться в вопросах злоупотребления доминирующим положением, необходимо сначала поподробнее остановиться на соотношении злоупотребления доминирующим положением и злоупотреблении правом.

Центральное место в данном вопросе занимает мнение В.П. Грибанова [71], который утверждает, что первоочередным является наличие у лица субъективного права. В тех ситуациях, когда отсутствуют основания в виде субъективного права, соответственно злоупотребление правом не наблюдается. То есть ключевым моментом в данном вопросе является процесс реализации. Е.А. Суханов [70] утверждает, что злоупотребление правом является специфической формой нарушения принципа осуществления гражданских прав. Необходимо обратить внимание на то, что в нормах, закрепляющих общие принципы, в случае отсутствия конкретных специальных норм, могут содержаться критерии оценки правомерности субъектов. Из этого следует, что злоупотребление правом это гражданское правонарушение. Это подтверждается п. 1 ст. 8 ГК РФ [1], в котором отмечается, действия физических лиц и организаций являются следствием их прав и обязанностей.

А.А. Малиновский [83] утверждает, что злоупотребление правом это негативная возможность осуществления субъективного права, вследствие чего наносится вред обществу и государству. Он выделяет следующие признаки злоупотребления правом:

- вредоносность;
- цель;
- разумность.

С.Д. Радченко [88] отмечает, что, исходя из смысла статьи 10 ГК РФ, осуществить квалификацию злоупотребления правом невозможно. Он

понимает под данным понятием реализацию принадлежащего субъекту права в расхождении с имеющимся у субъекта законным интересом.

Тем не менее есть и другие мнения по данному вопросу. Так, М.М. Агарков полностью отрицает такое понятие как злоупотребление правом [96]. Схожей позиции придерживается Н.С. Малеин [120], утверждающий, что если лицо переступает границы принадлежащего ему права, то такое действие можно назвать не иначе, как правонарушение. Подводя итог, стоит выделить следующие основные критерии злоупотребления правом:

- наличие субъективного гражданского права;
- осуществление права в противоречии с принципами права;
- осуществление такого действия осознанно.

Отдельно стоит выделить мнение других ученых, например, В.М. Пашина, который утверждает, что такое понятие как «пределы осуществления права» довольно спорно [121]. Понятие «злоупотребление правом» невозможно применять на практике, так как в таком случае все нарушения закона можно представить, как всего лишь злоупотребления правом. Также, хотелось бы обратить внимание на мнение О.Н. Садикова [125], который считает, что единственной формой злоупотребления гражданским правом где имеет значение вина является шикана. В остальных случаях вина не соответствует сущности этого понятия. Этот вопрос до сих пор не решен в научной сфере. Так, Н.И. Клейн утверждает, что по смыслу ст. 10 ГК РФ существуют пределы осуществления гражданских прав [77].

То есть, например, не допускается использовать злоупотребление правом без умысла, но причиняющее ущерб другим лицам.

Представляется, что точка зрения Н.И. Клейн наиболее близка к истине. Применительно к данному вопросу стоит пояснить, что из содержания статьи 10 Федерального закона «О защите конкуренции» следует, что большинство запретов частноправовые, и только единичные можно отнести к защите рынка самого по себе. Из вышесказанного можно

сделать вывод, что злоупотребления доминирующим положением возникают во время выполнения или заключения гражданско-правовых договоров. Представляется, что такое правонарушение, как злоупотребление доминирующим положением, имеет непосредственное отношение к таким понятиям как договорное право, защита гражданских прав и другие.

Важно указать, что ст. 10 ГК РФ [1] в новой редакции увеличила цивилистический подход к злоупотреблению доминирующим положением. В новой редакции статьи указывается запрет [1] на использование гражданских прав для злоупотребления доминирующим положением на рынке.

В статье 10 Федерального закона «О защите конкуренции» содержится лишь общий запрет с перечнем видов данного нарушения. Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлении № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» [28] указал на ключевые факторы признания хозяйствующего субъекта доминирующим и добавил, что достаточно даже одного для такого признания. К ним Пленум отнес:

- препятствование соперничеству;
- сдерживание соперничества;
- игнорирование потребностей остальных участников.

Однако, в настоящий момент используется Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства». В данном разъяснении Верховный Суд отходит от сложившегося ранее формального подхода, который опирался на величину доли доминанта. Согласно этому разъяснению предписывается проводить анализ доминирующего положения как по множеству параметров, указанных в законодательстве, так и по общеэкономическим критериям в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела. Можно сделать вывод, что суд обращается к концепции определения доминирующего положения, которая существует в европейской и американской практике, основанной на

SSNIP-тесте. Доминирующее положение следует оценивать относительно следующих обстоятельств:

- наличие возможности у конкурентов быстро нарастить производство;
- наличие способности потенциальных конкурентов завоевать соответствующий рынок.

Под потенциальными конкурентами понимаются субъекты, действующие на смежных рынках, которые могут переключаться на производство товаров, чтобы удовлетворить спрос потребителей. Верховный Суд также подчеркивает [27], что рыночная власть продавца должна анализироваться во взаимосвязи с рыночной властью потребителя. Это важно потому, что потребитель обычно считается слабой стороной. На практике это далеко не всегда так, и потребитель вполне может быть такой же сильной стороной, как и продавец. Такая ситуация может сложиться в случае если для продавца-доминанта потребитель коммерчески крайне интересен. В этом случае большая доля продавца не будет иметь такого влияния.

Стоит привести еще одно важное разъяснение Верховного Суда. В данном разъяснении Верховный Суд требует установить независимое соотношение между доминирующим положением и действиями доминанта [27]. Так, например, в деле № А40-20993/2018 было установлено [35], что цены на рынке выросли вследствие изменения правового регулирования и возникновения дефицита, а не по вине его участников. Помимо этого, Верховный Суд указывает на необходимость учитывать законные интересы доминирующего субъекта (экономические и т.д.). Например, в деле № А40-85018/2018 [36] суд признал обоснованным отказ поставщика газа потребителю в заключении договора из-за существенной (около 0.5 млрд рублей) задолженности за газ перед другим поставщиком.

Необходимо выделить, что в антимонопольном законодательстве Российской Федерации отсутствует понятие ценовой дискриминации. Комитет Организации экономического сотрудничества и развития

(далее - ОЭСР) по конкуренции в своем докладе отмечает, что под понятие ценовая дискриминация прежде всего подпадает такой пункт, как установление монополюно высокой и монополюной низкой цены [137]. Д.Д. Богданов [97] утверждает, что ценовая дискриминация – это установление доминантами разных цен на схожий товар при одном и том же уровне затрат, и установление доминантами единых цен на близкий товар при разном уровне затрат.

Теперь рассмотрим виды злоупотребления доминирующим положением. В Федеральном законе «О защите конкуренции» даются определения монополюно высокой и монополюной низкой цены. Президиум ФАС России разъяснил [11], какие существуют методы определения монополюно низкой и монополюно высокой цены. Таких методов всего два:

- метод сопоставимых рынков;
- затратный метод.

В основе метода сопоставимых рынков лежит процесс выявления наличия сопоставимых конкурентных рынков. Далее необходимо установить цену на таких сопоставимых рынках. Так, в п. 2 ч. 2 ст. 7 Федерального закона «О защите конкуренции» указано, что не признается монополюно низкой цена товара в случае, если она не ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке. Думается, что вопрос определения монополюно высокой цены достаточно сложен в силу методов ее определения. В данном вопросе важно отметить разъяснение ФАС России в котором утверждается, что при выборе методов определения необходимо выбирать метод сопоставимых рынков, а затратный метод использовать только в случае, если такие рынки будут отсутствовать. В ходе исследования было выявлено, что в судебной практике метод сопоставимых рынков встречается крайне редко. Представляется, это связано с тем, что в письме ФАС России от 31.12.2013 № АЦ/54346/13 [13] сообщается, что антимонополюный орган может применять только один метод для определения монополюно высокой или монополюно низкой цены.

Также нужно добавить, что в Постановлении Пленума Верховного Суда от 04.03.2021 метод сопоставимых рынков вообще не упоминается. В этой связи стоит подчеркнуть, что метод сопоставимых рынков обязателен для применения, однако при этом не указано как его применять. В Постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 26.12.2018 по делу № А40-75556/2017 [30] говорится, что отсутствие анализа сопоставимых рынков указывает на необходимость отмены решения ФАС России. Также в этом постановлении указывается, что только отличие в объеме товарного рынка и количестве его участников не может служить основанием для отказа рассматривать рынки как сопоставимые.

Как одно из немногих существующих дел с использованием метода сопоставимых рынков стоит выделить дело Ивановского Управления Федеральной антимонопольной службы (далее – УФАС России) № 02-08/2013-003 [37]. Исходя из законодательства, допустимо использовать только один метод установления монопольно высокой цены. Тем не менее, данное дело интересно тем, что в нем было использовано сразу два метода. Для установления сопоставимых рынков Ивановским УФАС России был направлен запрос информации предприятиям, которые были хранителями запасов интервенционного фонда в Ивановской области и соседних с ней областях – Костромской, Ярославской, Владимирской и Нижегородской. Была составлена таблица, в которой указывались 9 предприятий, их адрес, техническая емкость элеватора, способ отгрузки зерна и цена отгрузки. Анализ данной таблицы показал, что техническая емкость элеватора и способ отгрузки не влияют на стоимость. Изученные материалы выявили критерии сопоставимости данных рынков:

- 1) однотипные характеристики участников рынка;
- 2) одинаковые условия обращения товара;
- 3) единые условия доступа на товарный рынок;
- 4) единое государственное регулирование.

Приняв во внимание выявленные факты, ОАО «Зернопродукт» был признан нарушившим п. 1 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции». В ходе исследования установлено, что в большинстве судебных дел не было найдено сопоставимых рынков, более того нельзя исключать вероятность, что антимонопольные органы не смогли их найти в силу сложности самого процесса определения таких рынков.

Согласно постановлению ФАС России, монополюно высокая и низкая цены определяются с учетом анализа следующих факторов:

- количество ресурсов, использованных на изготовление и сбыт продукта;
- небезосновательность расходов;
- заработок;
- плата за продукт и другие показатели.

Примером использования такого анализа может служить Решение от 29 марта 2016 г. по делу № А63-11501/2015 [38]. Общество с ограниченной ответственностью «Пятигорский молочный комбинат» представило в Арбитражный суд Ставропольского края иск с заявлением к УФАС России по Ставропольскому краю о признании недействительным решения от 23.07.2015 по делу № 28 и предписания № 32 о признании незаконным постановления от 30.10.2015 № 469 о наложении административного штрафа (ч. 1 ст. 14.31 КоАП РФ). Истец заявил, что ответчик не учел рост курса иностранной валюты, проведение полной модернизации производства и расширение рынка реализации продукции. Из-за этих факторов обществу пришлось повысить цену на 30 процентов что было расценено УФАС России как нарушение законодательства. Судом было установлено, что действительно курс Евро за период 2013-2014 гг. увеличился на 71,6 процента, это обстоятельство оказало прямое влияние на стоимость самой продукции, упаковки продукции, а также повысилась стоимость лизинговых платежей за используемое оборудование. Кроме того, было установлено, что действительно осуществлялась модернизация производства,

что повлекло увеличение затрат как на основное, так и на вспомогательное оборудование. На основании данных фактов иск ООО «ПМК» был удовлетворен. Данный пример показывает, как нужно использовать анализ монополюно высокой и низкой цены на практике.

Переходя к затратному методу стоит отметить, что он имеет более широкое применение, но при этом есть сложности в силу недостаточности конкретизации критериев необходимых расходов и необходимой прибыли. Типичным примером применения затратного метода служит постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 8 декабря 2017 года по делу № А42-8319/2016 [39] в отношении ОАО «Аэропорт Мурманск». В силу того, что сопоставимые рынки не отвечали критериям сопоставимости, а именно: соответствие объемов пассажиропотока и грузопотока, круглосуточный регламент работы аэропорта и соответствие общего объема выручки, использовать метод сопоставимых рынков не удалось. Таким образом, был сделан вывод о невозможности применения метода сопоставимых рынков и признание необходимости использования затратного метода. Суд установил, что в тариф на услуги по обслуживанию воздушных судов была включена статья расходов на суммы восстановительной стоимости технических средств. Это обусловило резкий рост таких тарифов и сборов, как сбор за доставку пассажиров туда и обратно автобусом МАЗ, сбор за обслуживание санузлов и другие. УФАС России установила, что включение в расчеты такой статьи затрат как восстановительная стоимость лишь на основании коммерческих предложений противоречит законодательству. Предоставленные обществом доказательства не оправдывают увеличение стоимости нерегулируемых аэропортовых услуг, следовательно, ОАО «Аэропорт Мурманск» нарушило п. 1 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции».

Еще одним видом злоупотребления доминирующим положением значится не обоснованное установление различных цен и тарифов на один и тот же товар. По данному вопросу важно указать точку зрения

К.А. Кудрявцева [119], который предложил ряд существенных параметров для установления различных цен и тарифов на один и тот же товар:

- статус субъекта, действующего на товарном рынке;
- положения соглашений;
- особенности динамики ценовых параметров.

Представляется важным указать исключения. Федеральный закон «О защите конкуренции» не признает монополюно высокой цену товара в ситуациях, когда:

- цена определяется хозяйствующим субъектом естественной монополии;
- в случае непревышения цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке;
- установление цены на бирже регламентировано ч. 5 ст. 6 Федерального закона «О защите конкуренции».

Федеральный закон «О защите конкуренции» не признает монополюно низкой цену товара в ситуациях, когда:

- цена определяется хозяйствующим субъектом естественной монополии;
- она не ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке;
- ее установление продавцом товара не повлекло или не могло повлечь за собой ограничение конкуренции.

Ограничение конкуренции может быть связано с уменьшением числа продавцов или покупателей продукта, которые не входят в одну группу лиц хозяйствующих субъектов на похожем товарном рынке, согласно Федеральному закону «О защите конкуренции».

П. 2 и п. 4 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» образуют самостоятельный вид злоупотребления доминирующим положением. Данные действия очень схожи и довольно редко встречаются на практике. Самым известным примером, характеризующим такие действия,

является изъятие товара из оборота ОАО «Газпром Нефть» в 2009 году, вследствие чего было вынесено решение ФАС России, и общество понесло огромный штраф в размере четырех миллиардов семисот тысяч рублей. Позднее в 2011 году Высший Арбитражный Суд Постановлением Президиума подтвердил данное решение [31].

Отдельным пунктом стоит выделить дискриминационные условия. Под дискриминационными условиями понимаются условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами. Отдельно стоит выделить, что до 2016 года в Федеральном законе «Об основах государственного регулирования торговой деятельности» [4] определение дискриминационных условий отличалось от определения, содержащегося в Федеральном законе «О защите конкуренции». В дальнейшем были внесены изменения, но тем не менее, все противоречия решить не удалось. Так, в ч. 4 ст. 9 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности» разъясняется, что цена вознаграждения может быть связана с определенным количеством продовольственных товаров. Данная норма не позволяет ответить на вопрос о создании дискриминационных условий, когда торговая сеть с самого начала утверждает определенный размер вознаграждения для всех поставщиков. ФАС России придерживается позиции, что в таком случае присутствуют признаки дискриминации, но каждый случай нужно рассматривать в отдельности [141]. Продолжая тему определения дискриминационных условий стоит отметить, что достаточное количество ученых считает, что дискриминационные условия создаются путем формирования неравного подхода к получению блага одинакового по своему содержанию [79; 115; 116]. В новом Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021, Верховный Суд разъясняет

касательно дискриминации, что дифференцированный подход сам по себе не является дискриминацией, то есть объективность критериев по которым проводится дифференциация прав и обязанностей хозяйствующих субъектов должна подвергаться проверке судами.

Перечень выявляемых нарушений очень широк. В него входят отдельные действия, установленные статьей 10 Федерального закона «О защите конкуренции»:

- экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом;

- нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования;

- манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

Действия, предусмотренные п. 3 и п. 5 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции», обычно проявляются в момент заключения договора.

Способами злоупотребления доминирующим положением являются:

- прямое или косвенное навязывание неверных закупочных или продажных цен и других неприемлемых обязательств;

- сдерживание технического, рыночного развития, отрицательно влияющее на потребителя.

В Федеральном законе «О защите конкуренции» также есть и критерии допустимости действий хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение. Такие допустимые действия направлены на сохранение конкуренции хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если их результатом является или может являться:

- 1) совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение

конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке;

2) получение покупателями преимуществ (выгод) соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок.

Если переходить к формам злоупотребления доминирующим положением, то о них говорится в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства». Это такие формы, как:

– недопущение, ограничение, устранение конкуренции на товарном рынке;

– причинение вреда иным участникам рынка (конкурентам, хозяйствующим субъектам-потребителям, гражданам-потребителям как отдельной категории участников рынка).

Думается, что форма причинение вреда иным участникам рынка неоднозначна, так как не до конца соответствует статье 10 Федерального закона «О защите конкуренции».

Еще одним выводом из Постановления стало то, что состав субъектов в Постановлении и в ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» различается. Представляется, Постановление Верховного Суда внесло еще большую неопределенность в данном вопросе.

В 2023 году Федеральный закон «О защите конкуренции» был дополнен поправкой о сетевом эффекте [3]. Если сетевой эффект дает возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке, устранять или затруднять доступ конкуренту на рынок, то такие действия будут считаться злоупотреблением доминирующим положением. Однако в поправках не дается критериев оценки влияния сетевого эффекта, что чрезвычайно важно.

Представляется, стоит выделить следующие критерии оценки сетевых эффектов и их влияния на рынок. В первую очередь стоит выделить критерий размера и охвата сети. Более широкая сеть, может привести к значительному конкурентному преимуществу и увеличить долю хозяйствующего субъекта на рынке. Доминирующие хозяйствующие субъекты с наибольшим сетевым охватом могут предложить больше функций, привлечь больше партнеров, а также получить больший доход за счет рекламы и других стратегий. Представляется, что широкая сеть повышает узнаваемость хозяйствующего субъекта, увеличивает лояльность клиентов, что приводит к укреплению его позиций на рынке и увеличивает риски злоупотребления доминирующим положением.

Вторым критерием оценки сетевых эффектов является вовлечение пользователей. Представляется, что высокий уровень вовлеченности указывает на более устойчивую цифровую платформу, что способствует усилению доминанта. Для оценки вовлеченности пользователей, представляется необходимым определить количество активных пользователей за день и за месяц и определить их соотношение. Также необходимо оценить среднюю продолжительность сеанса пользователя, очевидно, чем более продолжительный сеанс, тем больше вовлеченность.

Еще одним критерием можно выделить влияние экосистемы. Представляется, что хозяйствующий субъект с сильным влиянием на экосистему будет занимать доминирующее положение, поскольку он контролирует взаимодействия внутри своей экосистемы. Доминирование хозяйствующего субъекта будет еще больше укрепляться по мере того, как все больше пользователей и разработчиков стекаются в экосистему, усиливая сетевой эффект и гарантируя сохранение его доминирующего положения.

Следующим критерием предлагается критерий затрат на переход. Видится, что если для перехода на другую платформу требуются значительные затраты, то это приведет к поддержанию и повышению

доминирующего положения у хозяйствующих субъектов на рынке цифровых технологий.

Доминант может не ощущать воздействия со стороны конкурентов, так как конкуренты не могут пройти на рынок из-за входных барьеров. А затраты на переход как раз являются таким барьером.

В качестве пятого критерия предлагается критерий блокировки функций. В случае если доминант создает эффекты блокировки, то есть пользователи становятся зависимыми от его функций, представляется это чрезвычайно затруднит переход на любые альтернативные платформы. Например, юридические соглашения, которые предоставляют исключительные права разным компаниям, могут создать эффект блокировки. Тем самым ограничивая конкуренцию и препятствуя выходу на рынок новых участников.

В ходе анализа формулировок п. 2, п. 4, п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» хотелось бы выделить, что они не применимы для покупателей, занимающих доминирующее положение. Так, исходя из смысла п. 2 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» подразумевается, что хозяйствующий субъект-доминант имеет возможность введения товара в оборот, чтобы через некоторое время устранять его.

Представляется, что данная функция принадлежит именно продавцу, а не покупателю. Другие пункты ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» также нельзя применить к доминирующему покупателю. Однако, видится, что доминирующий покупатель обладает способностью влиять прямо и опосредованно на цены товаров на рынках. Кроме того, он может устранять продавцов с рынка.

В существующем приказе ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» есть только упоминание о том, что существует возможность признания у покупателя доминирующего положения, однако

подробностей не приводится [10]. В судебной практике есть примеры признания покупателя субъектом, занимающим доминирующее положение. Например, в деле № А70-3127/2016 ОАО «Золотые луга» нарушило п. 8 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции», выразившееся в злоупотреблении доминирующим положением на рынке закупки сырого молока [42]. Отличительной чертой данного рынка является наличие очень ограниченного числа покупателей при большом количестве продавцов, что приводит к затруднениям самостоятельно определять цену на товар. Представляется, отсутствие конкуренции на рынке приводит к неблагоприятным последствиям для потребителей. Применительно к данному вопросу, хотелось бы привести мнение К.М. Хутова [89], который утверждает, что доминирующий покупатель может устанавливать монопольно низкую цену и при этом он не будет нарушать антимонопольное законодательство. Стоит выделить тот факт, что формулирование монопольной высокой и низкой цены исходит из средств, затраченных на создание и продажу товара и правомерности их использования. Видится, что в таком случае данные цены используются только при продаже, а не покупке товара. Способность вводить товар в обращение, чтобы в дальнейшем его изъять применима именно к продавцу. Очевидно, что у покупателя нет такой возможности.

Таким образом, представляется, что доминирующий покупатель может совершать нарушения, выражающиеся в любой форме злоупотребления доминирующим положением, в соответствии с ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции». В связи с этим представляется необходимым внести определение доминирующего покупателя. Доминирующий покупатель – это хозяйствующий субъект, обладающий способностью осуществлять деятельность самостоятельно, контролирующей значительную часть соответствующего рынка в качестве покупателя соответствующего товара, услуги или технологии и имеющий возможность влиять на уровень цен на данном рынке.

Необходимо подчеркнуть, что злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке комплексно коррелирует с монополистической деятельностью.

Монополистическая деятельность – злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью.

Данными актами являются:

- формирование неестественной нехватки продукта с целью увеличить цены;
- формирование барьеров для бизнеса другим хозяйствующим субъектам.

Злоупотребление доминирующим положением хозяйствующих субъектов также отражено в Федеральном законе № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации». В этом законе большое внимание уделено навязыванию контрагентам различных условий (запрет заключать договоры с другими субъектами, возврат товаров уже поставленных срок годности которых превышает 30 дней и др.).

Перечисленные виды в ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» помогают правильно оценивать действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке. Необходимо помнить о том, что данные виды также относятся и к тем поступкам, которые угрожают конкуренции. Последствия от таких поступков участников рынка могут не наступить в ближайшей перспективе, но их возможные результаты проявятся позже, которые также следует рассматривать, как противоправные действия. Только постоянный анализ и мониторинг рынка позволят верно оценить реальную ситуацию с злоупотреблением доминирующим положением на данном товарном рынке.

Представляется очевидным, что злоупотребление доминирующим положением несет огромный негативный эффект для конкуренции в целом.

Таким образом важно сформулировать, что злоупотребление доминирующим положением на рынке – это действие, которое ограничивает конкуренцию, ущемляет интересы других участников рынка. Каждый случай такого действия должен рассматриваться отдельно, с учетом всех особенностей. Для определения злоупотребления доминирующим положением все еще используются экономические основы, заложенные в конце XIX века.

По результатам исследования выявлено стремление российских правоприменительных органов к определению доминирующего положения через рыночную долю. Представляется, что такого подхода, как правило, недостаточно. Возможно в связи с принятием нового Постановления Пленума Верховного Суда ситуация поменяется. Предлагается в рекомендации ФАС России внести критерии из Закона «О защите конкуренции», что до сих пор не сделано. Представляется, это обусловлено легкомысленным подходом судов, для которых легче посчитать долю на рынке.

Видится, что в основе запрета на злоупотребление доминирующим положением лежит уменьшение возможности исполнения гражданских прав для хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение.

Обосновано, что для определения злоупотребления доминирующим положением хозяйствующим субъектом на рынке цифровых технологий необходимо применять следующие критерии оценки сетевых эффектов:

- размер и охват сети;
- вовлечение пользователей;
- влияние экосистемы;
- затраты на переход;
- блокировка функций.

Доказана возможность злоупотребления доминирующим положением доминирующим покупателем в соответствии с ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции». Предлагается определение понятия «доминирующий покупатель» под которым понимается хозяйствующий субъект, обладающий способностью осуществлять деятельность самостоятельно, контролирующей значительную часть соответствующего рынка в качестве покупателя соответствующего товара, услуги или технологии и имеющий возможность влиять на уровень цен на данном рынке.

Исходя из материала, изложенного в параграфе, представляется необходимым детально исследовать отдельные виды злоупотребления доминирующим положением основываясь на спорных вопросах судебной практики.

Для определения злоупотребления доминирующим положением используется крупная рыночная власть доминанта, который не допускает и устраняет конкурентов с рынка. Отдельно стоит отметить, что если бы хозяйствующий субъект не был доминантом, то ряд действий могли бы быть признаны законными.

1.3 Понятие и правовая характеристика рынка цифровых технологий

Определение рынка является основной концепцией законодательства о конкуренции во всем мире, в том числе в России. Повсеместно антимонопольные органы борются с правовой неурегулированностью цифровых технологий на рынке цифровых технологий, часто имея дело с одними и теми же цифровыми игроками. Многосторонний характер различных цифровых платформ, внедрение целых цифровых экосистем, а также предоставление услуг на данных платформах по нулевой цене бросают

вызов традиционным подходам. Но там, где есть общие правовые пробелы, есть потенциал для общих решений.

Релевантный рынок представляет собой ключевое понятие в законодательстве о конкуренции во всем мире. Кроме того, это и аналитический инструмент, помогающий в оценке злоупотребления доминирующим положением, односторонних действий и слияний. Определение рынка цифровых технологий является очень сложной задачей, поскольку ряд рыночных изменений и рыночных характеристик подвергли испытанию традиционные представления о взаимозаменяемости [21].

В законодательстве о конкуренции соответствующий рынок выступает в качестве фильтра, определяющего ту часть коммерческой деятельности, в рамках которой законодательство о конкуренции оценивает поведение компаний на рынке. Для определения рынка – как и для многих концепций – открывается спектр между правом и экономикой. С юридической стороны спектра соответствующий рынок рассматривается через призму закона и определяется как юридическое понятие, основанное на экономическом. Здесь экономике отводится интерпретирующая роль. В спектре возможно множество различных позиций, и разные акторы могут находиться в разных местах при разных обстоятельствах или в разные моменты времени. Если признать, что соответствующая рыночная концепция приобретает отчетливую правовую характеристику благодаря включению ее в законы о конкуренции, то это будет иметь далеко идущие последствия для всей нашей концепции права о защите конкуренции. Эта точка зрения фактически ставит под вопрос не только понимание закона о конкуренции соответствующего рынка, но и преобладающее понимание других общих правовых и экономических концепций.

Законодательство о конкуренции основано на определенном понимании того, как работают рынки, и какие рыночные результаты должны быть достигнуты [110]. Это понимание, в свою очередь, во многом было сформировано экономикой, и также применимо к релевантному рынку как к

одному из основных аналитических инструментов, используемых в законодательстве о конкуренции. Под «правом» понимается отношение к соответствующему рынку как к строго правовой концепции, уходящей своими корнями в экономику. Данная точка зрения предполагает, что правовая определенность не может быть достигнута с помощью расплывчатой экономической концепции. Задача конкурентного законодательства состоит в том, чтобы обеспечить четкую трактовку данного понятия. В зависимости от того, рассматривается ли соответствующий рынок как более конкретное или более абстрактное юридическое понятие, он будет уступать в большей или меньшей степени интерпретационной силе экономической науки.

Право состоит из норм и правил, а также из концепций. В качестве концепции в сфере законодательства о конкуренции соответствующий рынок занимает свое место в правовых нормах, касающихся антиконкурентных соглашений, одностороннего поведения и контроля за слияниями. Формирование этого понятия представляет особый интерес для настоящего исследования. Хотя в философии права существует множество подходов к понятиям, для настоящих целей исследования понятие означает мысленное представление определенных свойств или сущностей, которое используется в качестве инструмента для понимания смысла права. Как таковое, оно может передавать сложное значение для информированного юриста, основанное на его контексте и его использовании в соответствующих правовых нормах, в судебных решениях или в научных исследованиях.

Соответствующий товарный рынок – это понятие, используемое в законодательстве о конкуренции. Данное понятие определяет ту часть коммерческой жизни, в рамках которой законодательство о конкуренции оценивает поведение компаний на рынке, выполняя функцию фильтра. В отличие от предметной конкурентной оценки, а именно, вызывает ли определенный тип коммерческого поведения озабоченность по поводу конкуренции, определение рынка характеризует область, к которой

применяются основные положения. Данное понятие выполняет решающую функцию поскольку позволяет органам, обеспечивающим соблюдение антимонопольного законодательства, сосредоточить свое внимание на конкретном релевантном рынке, который, как утверждается, включает в себя все соответствующие конкурентные ограничения.

Наиболее полно понятие рынка раскрывает С.А. Паращук [122]. Данный автор определяет рынок как комплекс общественных отношений по осуществлению предпринимательской деятельности на основе конкуренции в различных сферах деятельности. При этом одним из субъектов осуществления такой деятельности является субъект предпринимательской деятельности. Данное определение доказывает, что рынок цифровых технологий является частью рынка в широком понимании данного слова.

Оценка рыночного положения компаний может представлять множество проблем, в том числе измерение рыночной власти цифровой платформы. Представляется, стоит выделить следующие ключевые признаки бесконтрольного доминирования цифровых платформ, связанные с определением рынка цифровых технологий:

- услуги с нулевой ценой;
- многосторонние платформы и экосистемы.

Услуги с нулевой ценой и их отсутствие в денежном выражении требуют перекалибровки традиционных инструментов определения рынка [105]. В то время как сообщества юристов по вопросам конкуренции в прошлом боролись с услугами по нулевой цене, со временем возник консенсус в отношении теории и возможных инструментов для определения рынков «бесплатных» услуг. Стоит привести пример, так в случае с Aliexpress распространитель обязан оплатить свое присутствие на площадке. Однако покупателям этого делать не надо. То есть формально покупатели получают услугу по нулевой цене, но это не совсем так. Для того, чтобы попасть на платформу, покупателю нужно зарегистрироваться и соответственно указать свои данные, в том числе персональные. Именно эти

данные являются «платой за вход». Платформа аккумулирует эти данные и с помощью них привлекает новых покупателей. При этом если на платформе много покупателей, к такой платформе возникает интерес у рекламодателей, у них появляется коммерческая заинтересованность разместить рекламу именно на такой платформе. Также покупатели и потребители могут использовать сразу несколько платформ. Типичным примером является цифровая платформа «Яндекс», где потребители пользуются «Яндекс.Карты», «Яндекс.Почта» и т.д. В следствие этого цифровая платформа «Яндекс» имеет огромные объемы очень важной информации, что позволяет ей находить новые возможности для увеличения и поддержания своей доли на рынке, что ведет к невозможности конкурировать с такой платформой, а также огромным рискам, что эта платформа будет злоупотреблять своим доминирующим положением.

Преобладание многосторонних платформ ставит вопрос о том, как следует учитывать различные и невзаимозаменяемые стороны рынка и какова роль посредника. Растущее создание цифровых экосистем поставило под вопрос традиционные модели взаимозаменяемости. Именно в сфере определения экосистемного рынка все еще сохраняется большинство нерешенных проблем, практически без принятия решений. Эту эволюцию затруднений в определении рынка можно наблюдать во многих юрисдикциях.

Если на рынке существуют услуги с нулевой ценой и многосторонние платформы и экосистемы, то к таким рынкам можно применить термин «рынок цифровых технологий». Также стоит выделить следующий неисчерпывающий перечень критериев, которые являются определяющими к использованию таких терминов как «рынок цифровых технологий» и «цифровая платформа»:

- количество контрагентов цифровой платформы с различных сторон;
- динамика изменения числа контрагентов цифровой платформы;

- количество посещений платформы различными группами пользователей;

- количество сделок, совершаемых на платформе в течение периода;

- наборы данных пользователя, которые запрашивает платформа при оказании услуг;

- предоставление услуг, связанных с результатами анализа данных;

- владение эксклюзивной инфраструктурой или технологиями;

- основной источник дохода платформы.

Стоит выделить следующие рынки, к которым применим термин «рынок цифровых технологий»:

- рынок смартфонов;

- рынок компьютеров;

- рынок поисковых систем;

- рынок телекоммуникационных сервисов.

Также представляется, что для ряда цифровых технологий гораздо более распространены недобросовестные практики и слабая конкурентоспособность. Поэтому, для более корректного понимания, что представляет собой рынок цифровых технологий, необходимо сосредоточиться на тех цифровых технологиях, которые наиболее широко используются как бизнес-пользователями, так и конечными пользователями.

В частности, к таким технологиям стоит отнести:

- сервисы онлайн-посредничества;

- операционные системы;

- веб-браузеры;

- онлайн-поисковые системы;

- сервисы обмена видео.

При этом обязательно нужно подчеркнуть, что только если данные технологии используются компанией, имеющей значительное влияние на рынке или значительную долю рынка, или компанией, которая, как можно предвидеть будет занимать доминирующее положение в ближайшем

будущем, исключительно в этом случае использование данных технологий несет риски недобросовестной практики. Также представляется, что если существует достаточное число бизнес-пользователей, которые зависят от цифровых технологий, которые в свою очередь охватывают большое количество конечных потребителей, то это позволяет компании, предоставляющей эту технологию, оказывать большое влияние на действия довольно большой группы бизнес-пользователей, что указывает на то, что это компания является доминирующей. Стоит отметить, что применительно к антимонопольному законодательству нет четкого определения конкурентоспособности. Представляется, что под конкурентоспособностью следует понимать способность предприятий эффективно преодолевать барьеры входа на рынок, и возможности конкурировать с крупными доминирующими компаниями посредством качества своих продуктов и услуг. У перечисленных выше цифровых технологий есть особенности, такие как сетевые эффекты, а также большие выгоды от данных. Эти особенности очень сильно снижают конкурентоспособность продуктов и услуг многих предприятий, что в свою очередь снижает стимулы к улучшению продуктов у доминирующей компании, и в целом негативно влияет на инновационный потенциал всей цифровой экономики.

Ключевым элементом для определения рынка цифровых технологий служит понятие «цифровая платформа». В качестве платформы выступают социальные сети, поисковые системы, маркетплейсы. Стоит заметить, что многие исследователи используют эти понятия как синонимы. В Законе о цифровой республике Франции дается следующее определение оператора цифровой платформы [17]. Оператор цифровой платформы определяется как гражданин либо предприятие, предлагающее на профессиональной основе, как платную, так и бесплатную, общедоступную онлайн-коммуникационную услугу или осуществляет соединение нескольких сторон с целью продажи товара, предоставления услуги или обмена контентом, товаром или услугой.

Любой оператор цифровой платформы обязан предоставлять потребителю честную, четкую и прозрачную информацию:

- о единых правилах применения представленных оператором услуг и способах указания источника, систематизации и удаления из перечня медиа-продуктов, товаров или услуг, к коим эта услуга обеспечивает вход;
- о существовании коммерческих обязательств, взаимоотношений с производителем товаров или услуг, которые влияют на представленные ими товары или услуги в сети Интернет.

Федеральный закон «О защите конкуренции» с 1 сентября 2023 года дополнен поправкой о цифровой платформе [3]. Это определение упоминается в п. 4 ст. 4 данного закона. В этом определении характеристика цифровой платформы дается через возможность электронного проведения соглашений различными участниками рынка.

Применительно к теме исследования, то есть противодействию злоупотреблением доминирующим положением на рынке цифровых технологий, очень важно не допустить бесконтрольного доминирования цифровых платформ.

Представляется, стоит выделить следующие значимые аспекты, которые существуют в данной области:

1) Доминирующая цифровая платформа представляет собой входные ворота для клиентов и является механизмом продвижения для предпринимателей.

Думается, это дает такой платформе возможность извлекать доход, буквально из всего. Здесь стоит привести цитату Г. Шелански [133], «если мы контролируем самое узкое место в системе, через которое мы имеем доступ ко всем платформам, то мы можем извлекать доход во много раз больше».

2) Видится, цифровые платформы – это такие рынки, на которых происходит соприкосновение множества групп клиентов. То есть это многосторонние рынки. В данном случае главной проблемой является

определение границ рынка цифровых технологий, учитывая, что есть услуги с нулевой ценой.

3) Ключевой ценностью для цифровой платформы является информация о пользователях. С помощью информации цифровые платформы увеличивают свою долю на рынке.

4) Также ключевую роль играют сетевые эффекты, которые за счет привлечения значительной численности участников, позволяют нарастить стоимость цифровой платформы.

Стоит рассмотреть сетевые эффекты более детально. Принцип работы сетевого эффекта состоит в росте значимости продукта, пропорционально росту численности потребителей данного продукта. Рост численности участников на платформе приводит к увеличению коммерческой значимости продукта. Тогда как отток участников влечет снижение стоимости продукта. Если миллионы людей применяют определенные товары, например, смартфоны, то сетевой эффект имеет большое значение, следовательно, ценность смартфона высока, следовательно, на него растет спрос. Большинство сетевых эффектов происходит как раз на рынке цифровых технологий. Это имеет негативные последствия для конкурентов доминирующей цифровой платформы. Так, если у данной цифровой платформы вследствие таких сетевых эффектов имеется огромная масса пользователей и клиентов, то конкурировать с ней очень сложно. То есть с помощью сетевых эффектов цифровые платформы на долгое время будут удерживать свое доминирующее положение, что влечет огромные риски для злоупотребления таким положением.

В научной литературе выделяют два вида сетевых эффектов: прямой и косвенный [130]. Идея прямого сетевого эффекта сводится к получению преимущества от применения товара у клиентов и пользователей в соответствии с увеличением числа таких клиентов и пользователей [111]. Хорошим примером являются социальные сети и мессенджеры.

Перейдем к косвенному сетевому эффекту. В первую очередь надо выделить тот факт, что косвенный сетевой эффект есть только на двусторонних или многосторонних рынках. Идея косвенного сетевого эффекта сводится к тому, что чем больше клиентов, потребителей, пользователей на одной из сторон рынка, тем больше он становится притягательным для второй стороны. Характерным примером является Ebay, чем больше запрос на размещение товаров на цифровой платформе Ebay у продавцов, тем больше на эту площадку приходит покупателей. Федеральным законом от 10.07.2023 № 301-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» установлена юридическая дефиниция сетевого эффекта [3].

В соответствии с российским законодательством о конкуренции соответствующий рынок является наиболее существенным инструментом. Он используется для выявления злоупотреблений доминирующим положением, слияний и поглощений. Как было указано в первых параграфах, большинство концепций, основываются на пороговых значениях доли рынка, которые предполагают разграничение соответствующего рынка.

Как подчеркивает ФАС России, очень важно использовать инициативы трансграничного сотрудничества для улучшения конкуренции и улучшения результатов для потребителей на рынке цифровых технологий [138]. ФАС России использует двусторонние/многосторонние консультации, обмен опытом, семинары, а также изучает передовой мировой опыт (например, Австрии, Китая, Германии, Индии, Японии, Европейской комиссии) для оценки конкуренции в цифровой экономике. Международное сотрудничество позволяет ФАС России использовать наиболее эффективные и действенные практики для достижения наилучших результатов в конкурентной политике и создает четкие правила обмена информацией [135].

Поэтому для более подробного понимания стоит обратиться к зарубежному правоприменению. Как подчеркнул Генеральный суд ЕС [47], соответствующий рынок не может быть определен абстрактно, но должен

определяться в каждом конкретном случае. Европейская комиссия, являющаяся основным органом, обеспечивающим соблюдение законодательства ЕС в области конкуренции в масштабах всего ЕС, выпустила руководство по «мягкому законодательству» по определению рынка в форме своего Уведомления об определении рынка 1997 года [48]. В этом Уведомлении под определением рынка понимается «инструмент выявления и определения границ конкуренции между компаниями».

Согласно антимонопольному законодательству США [49], понимание рынка обычно определяет результат любого антимонопольного дела. Оно используется при оценке сделок (Закон Шермана), монополизации и попытки монополизации антиконкурентного соглашения (Закон Шермана), а также это касается контроля за слияниями (правовые положения основаны на разных формулировках) [50]. В США релевантный товарный рынок включает все продукты функционально сопоставимые друг с другом на основе взаимозаменяемости со стороны спроса и со стороны предложения [85].

Определение рынка, его методы и тесты были разработаны в контексте традиционных продуктов и бизнес-моделей, которые по большей части производились и предлагались в относительно статичных условиях. Хотя определение географических рынков может быть сопряжено со своими сложностями, особенно в контексте электронной коммерции, в первую очередь нарушения на рынке цифровых технологий связаны с продуктовым аспектом. Повышение сложности предлагаемых продуктов в сочетании с быстрыми инновациями и коротким сроком службы спроса сделало границы рынка все более размытыми.

Отдельно стоит заметить, что определение рынка основано на тестах взаимозаменяемости, которые помогают определить соответствующий рынок антимонопольных продуктов, и эти тесты были установлены на фоне статических рынков. Цифровые рынки обладают рядом характеристик, которые заметно отличаются от более традиционных статических рынков.

Такие характеристики включают в себя: динамичный характер цифровых рынков, существование рынков с нулевой ценой или рыночных сторон.

Многие цифровые услуги предлагаются бесплатно, то есть, чтобы попасть на платформу, покупателю нужно зарегистрироваться и соответственно указать свои данные, в том числе персональные. Большие данные и большая аналитика являются краеугольными камнями цифровой рыночной среды, управляемой данными, и крайне важно хорошо понимать их. Кроме того, платформы (также называемые многосторонними рынками) стали популярной бизнес-моделью, которую необходимо понимать вместе с прямыми и косвенными сетевыми эффектами, на которые опирается такая платформа. Тесно связанные с платформами, создаются цифровые экосистемы, которые могут привести к блокировке потребителей и снижению конкуренции.

Так называемый «эффект нулевой цены» побудил антимонопольные регуляторы в разных странах поверить в то, что предприятия не могут быть подвергнуты антимонопольному контролю. Из-за этого эффекта правительствам разных стран пришлось принимать усилия по борьбе с подобными действиями. Законодательные власти в большинстве случаев не достигали требуемых результатов.

В одном из первых американских дел было установлено [50], что раз услуги бесплатные, то и проблем антимонопольного характера в данном случае не существует. Использованный подход, очевидно, представляется достаточно странным, ибо в таком случае признать различные компании нарушителями за «бесплатные услуги» не получится. Стоит добавить, что и в других странах долгое время придерживались такой позиции.

Так, например, в Европе, в одном из судебных дел, так и не смогли прийти к мнению о существовании коммерческой деятельности при осуществлении «бесплатных услуг», хотя наличие рынка было признано. Дальнейшая судебная практика показала, что «бесплатные услуги» на самом деле не являются бесплатными [53]. Вместо обыкновенных денег компании

запрашивают определенные сведения. Это позволило Европейскому суду сделать вывод о наличии определенной связи между различными группами людей, а именно продавцами и клиентами. Результат детального анализа показал, что полученные сведения компаниям удастся монетизировать в свою пользу.

В своем решении Google Search (Shopping) [52] комиссией признано, что предоставление поисковых услуг Google является коммерческой деятельностью.

Несмотря на то, что пользователи в 2017 году не платили денежное вознаграждение, а предоставляли лишь данные, которые использовались для европейских цифровых платформ. Это решение привело к серьезным изменениям в немецком конкурентном законодательстве, в части «бесплатных услуг» [19].

Анализ правоприменительной практики в данном направлении выявил, что четкое соответствие предоставления информации запросу пользователя имеет существенное значение на рынке цифровых технологий. Данный аспект позволяет переводить требования потребителя в цену продукта. Суд постановил [51], что он должен определить товарный рынок на основе качественных критериев для определения замещения спроса на продукты и что аналогичный качественный анализ должен быть сосредоточен на характеристиках продукта, таких как использование, качество и простота доступа. Суд постановил, что определение рынка по-прежнему соответствует тому, существуют ли дополнительные ограничения, которые могут помешать использовать рыночную власть. Таким образом, при определении соответствующего товарного рынка необходимо учитывать основные услуги платформы и межплатформенные сетевые эффекты, принимая решение о том, следует ли определять платформу как независимый рынок или определять несколько связанных рынков по отдельности. Элементами, которые могут быть приняты во внимание, являются фактический регион товаров, выбранных большинством пользователей, языковые предпочтения и

потребительские привычки пользователей, положения соответствующих законов и правил, степень ограничений конкуренции в различных регионах.

Сложность определения рынка в условиях отсутствия цен связана в том числе с учетом многосторонности при обозначении соответствующего рынка. Это в настоящее время является наиболее обсуждаемым аспектом в определении рынка цифровых технологий. Многосторонняя платформа обслуживает отдельные группы клиентов, которые объединены на платформе. Адекватный анализ конкуренции двусторонних платформ требует, чтобы определение рынка не определяло возможность балансировки проконкурентных и антиконкурентных эффектов или влияния на благосостояние различных групп потребителей. Широко известные как «двусторонние рынки», цифровые платформы обслуживают и, возможно, используют две стороны рынка – как потребителей, так и бизнес-поставщиков, – которые были объединены для обмена продуктами или услугами. Яркими примерами таких двусторонних или многосторонних цифровых платформ являются Amazon и Uber. Когда цифровые платформы выступают в качестве посредников между двумя или более сторонами, часто неясно, является ли платформа стороной контракта или кто юридически считается трейдером или действует от имени трейдера.

Очень важно остановиться на том, как на сегодняшний момент взаимодействие происходит на цифровых платформах. Цифровые платформы делятся на транзакционные и нетранзакционные. Транзакционные платформы характеризуются наличием, как минимум, двух участников, один из которых предоставляет услугу, а другой является потребителем данной услуги. Между ними происходят различные операции. На нетранзакционных платформах же не фиксируются такие операции. Образцом таких платформ, являются различные медиа, получающие доход от рекламных средств. Все потребители данных медиа, становятся объектами давления такой рекламы, при этом далеко не всегда такие потребители на нее реагируют должным образом.

Сочетание масштаба и охвата ставит перед регулирующими органами новые задачи. Одна из проблем состоит в том, чтобы просто получить представление о том, как работают эти все более сложные предприятия. И поскольку многие из этих рынков являются двусторонними, то есть они предоставляют услуги поставщикам и другим компаниям цепочки поставок, а также обеспечивают продажи и услуги конечным пользователям, существует сеть транзакций и условий, связанных с этими транзакциями, которые открывают опасность антиконкурентного поведения. Многие из этих опасностей уже существуют в цифровом мире, например, связанные контракты, которые не позволяют поставщикам использовать альтернативные платформы или использовать вводящие в заблуждение тактики продаж с потребителями. Добавление цифровых технологий к этим процессам открывает больше возможностей для злоупотреблений, например, встроенные алгоритмы, которые отслеживают поведение клиентов. На уровне бизнеса эти глобальные компании часто используют регулятивный арбитраж для перемещения своих активов и счетов за продажу, чтобы избежать местных правил и налогов. Различные регулирующие юрисдикции, которые не находятся в тесной гармонии, используют разные стандарты и не имеют договоров или договоренностей об установлении эквивалентности друг друга, создают пробелы в глобальной торговой системе для такого арбитража. Кроме того, когда счета за продажу товаров и услуг выставляются в одной стране, а покупатель проживает в другой, регулирующим органам необходимо установить критерий для оценки того, какой географический рынок задействован.

Отличительной особенностью крупных технологических компаний, управляющих цифровыми платформами, является то, что они работают на большом количестве различных рынков. Создавая целые цифровые экосистемы, они могут переносить свою рыночную власть с одного рынка на соседние или, возможно, даже на довольно отдаленные рынки. Кроме того, пользовательские данные, которые цифровые платформы накапливают на

одном релевантном рынке, носят многоцелевой характер и могут оказаться полезными на совершенно разных рынках. Хотя ст. 102 Договора о функционировании Европейского союза (далее - ДФЕС) также применяется, когда доминирующее предприятие использует свою рыночную власть на рынках, на которых оно пока не является доминирующим. Учитывая такую динамику конкуренции, представляется, что законодательство о конкуренции не в полной мере соответствует своей цели в связи с вышеперечисленными особенностями. Также видится, что частые приобретения конкурентов крупными технологическими компаниями должны быть тщательно изучены с целью поддержания конкуренции.

В связи с тем, что рынок цифровых технологий ориентирован на данные, возникает вопрос, влекут ли за собой санкции за нарушения конфиденциальности в соответствии с действующими правилами конкуренции. Злоупотребления конфиденциальностью могут, например, быть связаны со снижением качества услуг платформы, чрезмерным сбором пользовательских данных, которые цифровые платформы требуют в обмен на цифровые услуги, или с низкими стандартами защиты данных, которые пользователи предоставляют. Европейская комиссия считает, что вопросы, связанные с конфиденциальностью, могут иметь значение «при оценке конкуренции в той мере, в какой потребители рассматривают конфиденциальность как важный фактор качества» [58]. Важно отметить, что «нормативный фон» положений о конкуренции в России явно благоприятствует конфиденциальности, включая основное право на неприкосновенность частной жизни и информационной приватности, прописанное в Конституции Российской Федерации и прочих правовых документах.

Сложности противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий во всех отчетах о конкурентной политике занимает центральное место. Хотя обсуждение опыта ЕС в отношении злоупотребления доминирующим положением на рынке

цифровых технологий показало, что статья 102 ДФЕС способна адаптироваться к среде рынка цифровых технологий во многих случаях, особенности платформ и их функции держателя цифровой инфраструктуры или посредника еще не полностью учтены. Небольшим компаниям, которые зависят от цифровой платформы со стратегическим рыночным статусом, должен быть предоставлен недискриминационный доступ. Их рейтинги и обзоры должны определяться на справедливой, последовательной и прозрачной основе, и их не следует принуждать к использованию только определенной платформы. Этот подход напоминает концепцию относительной рыночной власти, которая существует в законодательстве о конкуренции нескольких государств-членов ЕС, но не на уровне ЕС.

В отчете ЕС [144] указаны два вида злоупотреблений со стороны цифровых платформ, которые требуют особого внимания, а именно: использование собственных средств и самопредпочтение. В нем подчеркивается, что в соответствии со статьей 102 ДФЕС самопредпочтение является злоупотреблением только в том случае, если оно ведет к антиконкурентным последствиям. В нем также отмечается, что на рынке цифровых технологий параметры конкуренции, такие как качество и инновации, более важны, чем эффекты, основанные на цене. Наконец, в отчете ЕС содержится призыв к тому, чтобы законодательство о конкуренции применялось на рынке цифровых технологий в полной мере, отдавая предпочтение чрезмерному применению.

В немецком проекте Закона о конкуренции 4.0 [145] содержится предупреждение о том, что в свете растущей концентрации на рынке цифровых технологий, при неправильном использовании держателем цифровой инфраструктуры цифровых платформ своих функций стоимость ложноотрицательных результатов будет особенно высокой. Поэтому в проекте Закона рекомендуется ввести свод правовых норм, содержащий кодекс поведения для цифровых платформ определенного размера. Кодекс поведения должен адаптировать положение статьи 102 ДФЕС к среде рынка

цифровых технологий, включая запрет неоправданного самопредпочтения. Помимо этого предложения, в проекте Закона также рекомендуется создать совет по рынку цифровых технологий, которому будет поручено проводить комплексную европейскую цифровую политику, не ограничиваясь законодательством о конкуренции. В проекте Закона аналогичным образом рекомендуется создать цифровой орган, обладающий компетенцией в разработке правил в области защиты прав потребителей, политики конфиденциальности, прозрачности и алгоритмов для внешнего аудита и исследований.

Из представленного можно сделать вывод, что из-за конкурентной структуры рынков цифровых платформ область злоупотребления доминирующим положением имеет особое значение при попытке адекватно применять закон о конкуренции к рынку цифровых технологий. В то же время многочисленные призывы к введению новых правил или нормотворческих органов говорят о том, что эта область нуждается в дальнейшем развитии как на практике, так и в исследованиях. В отчетах также ясно указывается - чтобы рынок цифровых технологий больше соответствовал интересам потребителей, данный вопрос требует более глубокого рассмотрения, не ограниченного только законами о конкуренции. В проекте Закона о конкуренции 4.0 подчеркивается, что органы антимонопольного законодательства должны предпочитать ложноположительные результаты ложноотрицательным в цифровой среде поскольку невмешательство или запоздалое вмешательство может оказаться неустранимым на более позднем этапе из-за характера рынков цифровых платформ.

В Законе о цифровых рынках [18], который предусматривает ряд обязательств для держателей цифровой инфраструктуры указано, что некоторые из обязательств, наложенных на держателей цифровой инфраструктуры, по-видимому, основаны на прецедентном праве, с которым комиссия накопила опыт работы на рынке цифровых технологий. Закон

также включает механизм исследования рынка, ограниченный тремя конкретными целями:

- определить с качественной, а не с количественной точки зрения, что представляет собой держатель цифровой инфраструктуры;
- решить проблему системного несоблюдения конкурентного законодательства на рынке цифровых технологий;
- пересмотреть законодательную базу для определения спорных вопросов рынка цифровых технологий и выявления нарушений конкуренции у держателей цифровой инфраструктуры.

Предлагая этот механизм, комиссия реализует лишь очень узкий набор рекомендаций, содержащихся в отчете ЕС, и довольно далеко отклоняется от первоначальных консультаций по новому инструменту конкуренции. В отличие от «обычной» рыночной власти, которая оценивает рыночную позицию компании по отношению к рынку в целом, относительная рыночная власть оценивает, может ли компания иметь доминирующее положение по отношению к определенным клиентам, которые зависят от деловых отношений с доминирующим игроком в собственном бизнесе. Судебная практика находится на пути к решению сложностей, связанных с определением рынка многосторонних платформ для рынка цифровых технологий. Ключевым элементом для решения этих сложностей является определение количества рынков, в том числе многосторонних. На самом деле, международный опыт указывает на готовность ввести более сложные определения многосторонних рынков. Значительный накопленный опыт может помочь создать некие прообразы понятий многостороннего рынка. При этом представляется, что факторов для учета различных характеристик становится все больше и больше. Отдельно надо остановиться на сложностях антимонопольных органов в практике принятия решений, связанных с экосистемами.

Экосистемы напоминают «универсальные» или кластерные рынки, в следствие чего появляется многообещающее понимание связи между

интеграцией продуктов и спросом на разграничение многосторонних платформ. Кроме того, экосистемы своим разнообразием значительно усложняют работу по определению границ рынка цифровых технологий. Они являются частью всеобщей глобализации мировой экономики, даже несмотря на то, что отдельные системы могут иметь свои уникальные характеристики.

Обосновано, что цифровые платформы выигрывают от структурных барьеров, которые затрудняют выход новых игроков на рынок или конкуренцию. В этих условиях крупные платформы удерживают рыночную власть и укрепляют ее на рынок цифровых технологий. Таким образом, предлагается сформулировать следующее определение рынка цифровых технологий. Рынок цифровых технологий – это комплекс правоотношений, характеризующийся многосторонностью субъектов (клиенты, потребители, покупатели, продавцы и рекламодатели), наличием цифровых платформ с помощью которых обеспечивается прямое взаимодействие (общение, получение информации, совершение покупок, предоставление услуг, распоряжение и защита прав интеллектуальной собственности), сетевыми эффектами, наличием больших данных, использованием услуг с нулевой ценой, осуществлением транзакций между несколькими группами сторонних пользователей, возможностью совершения гражданско-правовых сделок.

Крупные игроки на цифровых рынках, такие как «Яндекс», Google и другие, за последние годы стали настолько мощными, что они стали почти незаменимыми торговыми партнерами на определенных рынках. Они создали экосистемы, соединяющие огромное количество бизнес-пользователей с потребителями, где они выступают в качестве посредников. Это уникальное положение дает им возможность довольно односторонне устанавливать правила для экосистемы, что часто приводит к тому, что они приобретают еще большую рыночную власть и начинают злоупотреблять своим доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Несмотря на то, что рынок цифровых технологий довольно сильно отличается от офлайн-рынка, это не означает, что поведение само по

себе или правовая основа расследуемого злоупотребления настолько отличается от того, что было замечено раньше.

Исходя из вышеизложенного, представляется необходимым исследовать такие проблемные аспекты, применимые на рынке цифровых технологий, как связывание и отказ от заключения сделки. О них пойдет речь в следующей главе.

Глава 2

Правовое обеспечение добросовестной конкуренции на рынке цифровых технологий

2.1 Злоупотребление доминирующим положением как нарушение принципа свободы договора

Для того чтобы понять, как соотносятся принцип свободы договора и злоупотребление доминирующим положением, требуется разобраться, что представляет собой принцип свободы договора. Он является одним из ведущих принципов гражданского оборота. Важно отметить, что данный принцип появился не так давно, так как в советском праве у субъектов не было свободы в отношениях.

Прежде чем перейти к анализу правового статуса свободы договора, необходимо разобраться с характеристиками и правами, подпадающими под ее действие. Кроме того, нужно описать, как может быть ограничена свобода договора и вообще любая свобода. Свобода договора обычно понимается как выражение принципа частной автономии, а именно принципа, согласно которому любое частное лицо может свободно заключать соглашения с другими лицами для реализации своих интересов и потребностей в пределах, установленных законом. Следовательно, это фундаментальная свобода, задуманная для защиты свободы личности. В частности, свобода договора включает в себя широкий спектр прав, которые варьируются от свободы заключать договоры и выбирать контрагентов до выбора типа и содержания договора, и свободы изменять договор после того, как он был оговорен.

В настоящее время данный принцип закреплен в ст. 421 ГК РФ и исходит из положений Конституции Российской Федерации, в которых говорится о свободе экономической деятельности, свободе использовать свои способности для деятельности не запрещенной законом. Принцип свободы

договора предусматривает юридическое равенство сторон и не зависит от имущественных и административных отношений. Основопологающим фактором в данном принципе является свобода определения условий договора. Стороны договора обозначают свои конкретные условия и содержание данного договора, при этом свобода не должна быть результатом принуждения другой стороны. Примером самостоятельного выбора вида договора может являться договор возмездного оказания медицинских услуг между исполнителем-организацией, осуществляющей платные медицинские услуги, и заказчиком-пациентом.

Для свободы заключаемого договора характерно:

- наличие у участников гражданского оборота права самостоятельно решать нужность заключения договора;
- наличие права физических и юридических лиц на свободный выбор другой стороны договора;
- наличие юридического равенства сторон в процессе ведения переговоров;
- наличие свободы сторон в рамках заключения договора, при этом допускается обозначение свободы в правовых документах;
- наличие у участников гражданского оборота права включать в договор положения из различных договоров;
- свобода при подготовке положений договора.

Наличие свободы выбора при составлении соглашения может рассматриваться как одно из крайних выражений договорной свободы в том смысле, что никто не может считаться действительно свободным, если существует обязательство заключать соглашения. Отдельно необходимо подчеркнуть, что свобода заключения договора состоит из положительной и отрицательной сторон. С положительной точки зрения человек имеет право решить, что он хочет заключить договор, тогда как с отрицательной точки зрения он также вправе отказаться от заключения договора.

Что касается ограничений, юридическая доктрина всегда пыталась понять, как свобода работает на практике и как ее можно ограничить. Мнение ученых разделилось на два различных лагеря: с одной стороны, те, кто сосредотачивается на вмешательстве в свободное осуществление права, и, с другой стороны, те, кто предпочитают формы косвенного давления, которые не равнозначны реальному вмешательству, но тем не менее позволяют осуществлять своего рода контроль над чужим выбором. В частности, Исайя Берлин одним из первых понял свободу как невмешательство, утверждая, что люди действительно свободны, пока у них есть возможность свободно выбирать. Он поясняет: «Обычно говорят, что я свободен в той степени, в которой ни один человек или группа людей не может вмешиваться в мою деятельность» [143].

Вопреки этому пониманию выступает Филипп Петтит, утверждающий, что свобода не должна пониматься исключительно как невмешательство, потому что существуют другие способы ограничения свободы, не обязательно требующие прямого вмешательства, но, тем не менее, приводящие к тому же результату [147]. Более того, Петтит не разделяет мнение, согласно которому всякое вмешательство в свободу выбора человека равносильно ограничению его свободы. Свободу он понимает, как «отсутствие господства другого», а не как невмешательство. Но интерференция, насколько понимает Петтит, по-прежнему охватывает широкий спектр возможных вариантов поведения. Она включает в себя принуждение тела, например, сдерживание или воспрепятствование, принуждение воли, как наказание или угроза наказания, манипулирование.

Для понимания свободы воспользуемся примером. Представим, что государство хочет ограничить свободу национальных предприятий действовать определенным образом на рынке ради потребителей. У государства есть две возможности для достижения своей цели: оно может прямо запретить определенную деятельность или поставить такую деятельность под определенные требования, которые представляют собой

сильный сдерживающий фактор, например, уплату очень высоких налогов. Очевидно, что, хотя и разными путями, государство достигает своей цели в обоих случаях, поскольку компании вынуждены не заниматься той конкретной деятельностью, которой хочет воспрепятствовать государство.

Основное отличие свободы как недоминирования от свободы как невмешательства заключается в том, что при свободе как недоминировании, свобода предприятий не ограничивается прямо, поскольку они имеют возможность осуществлять ту или иную деятельность, но косвенно их свобода контролируется и подвергается влиянию, так как государство затрудняет ее осуществление для выполнения этой деятельности. Петтит утверждает, что косвенный контроль отличается от прямого вмешательства тем, что он не допускает господства одних над другими. В свете этого он понимает свободу как недоминирование. Механизм, который, по его словам, допускает косвенный контроль без доминирования, позволяет каждому внести свой вклад в определение «правил игры». Другими словами, если субъект согласен с тем, что его свобода должна быть каким-то образом ограничена, это означает, что он готов отказаться от части своей свободы: если это так, то он больше не может заявлять, что его свободу ограничивают. Понимание свободы значимо и в случае отказа от заключения сделок со стороны доминирующих предприятий. Хотя об этом будет рассказано в следующем параграфе, здесь, тем не менее, представляется полезным сделать несколько кратких соображений. В частности, можно отметить, что понимание свободы как недоминирования может проложить путь к лучшему пониманию этого типа случаев. В самом деле, в случае злонамеренного отказа вести дела, в соответствии с тем, что говорит Петтит, доминирующее предприятие может оказывать влияние на другое предприятие без обязательного прямого ограничения его свободы выбора. Так, оно может произвольно вмешиваться в выбор своих конкурентов, как прямо, так и косвенно. Действительно, доминирующее предприятие может как действовать с определенной степенью независимости от конкурентов и

потребителей, так и влиять на деятельность своих конкурентов. Например, если X является доминирующим предприятием, которое злоупотребляет отказом в выдаче лицензии на свои права интеллектуальной собственности предприятию Y, чтобы последнее не могло выйти на рынок и конкурировать с первым. Видится, что такой отказ следует рассматривать как вмешательство в стратегию выхода на рынок предприятия Y. Доминирующее предприятие использует отказ от сделки как средство ограничения свободы другого предприятия выходить на рынок и конкурировать с ним. В то же время, если представить, что X злоупотребляет своим доминирующим положением посредством отказа в выдаче лицензии, и обязать его предоставить лицензию, то произойдет вмешательство в его договорную свободу. Конечно, в таких случаях ограничение должно касаться свободы доминирующего предприятия в свете того факта, что уклонение от любых предложенных пунктов соглашений, можно рассматривать как злоупотребление доминирующим положением со стороны доминанта. В таких случаях вред, причиняемый конкуренции, становится безусловным.

Надо заметить, что в повседневной практике встречается и лимитирование принципа свободы договора. Типичным образцом такого лимитирования является договор между клиентом банка и самим банком. Такой договор строго ограничен положениями банка. Еще одним примером лимитирования принципа свободы договора выступает сфера, для которой необходима лицензия, в этом случае такие договоры может заключить только лицо, обладающее лицензией на определенный вид деятельности. По мнению юриста адвокатского бюро «Ирбис» [100], причины злоупотребления принципом свободы договора возникают в связи с личными пороками лиц, участвующих в гражданских правоотношениях. По мнению Е.Б. Казаковой [117], ограничение свободы договора применительно к конкурентным правоотношениям является ее гарантией, так как ограничения для одной стороны обеспечивают интересы другой стороны. А.Г. Карапетов и

А.И. Савельев считают [76], что есть общие ограничения свободы договора, которые делятся на 3 группы:

- 1) теоретические;
- 2) политико-правовые;
- 3) исторические.

Специальные же ограничения свободы договора проявляют себя в отдельных нормативно-правовых актах. Видным подтверждением является Федеральный закон «О защите конкуренции».

Известный ученый-правовед М.Ю. Козлова [118], в своих работах доказывает, что нарушение принципа свободы договора как злоупотребление доминирующим положением стоит разложить на следующие три категории:

- увязывающие договоры;
- отказ и (или) уклонение от заключения договора;
- ограничительные договоры.

В отношении увязывающих договоров, наиболее значимым представляется отсутствие согласования невыгодных условий договора с другой стороной, что будет являться нарушением правил конкуренции в силу доминирования другой стороны. Применительно к Федеральному закону «О защите конкуренции» увязывающие договоры подпадают под п. 3 ч. 1 ст. 10 данного закона. Под увязывающими договорами следует понимать навязывания. В российском законодательстве отсутствует понятие навязывание. Необходимо отметить, что еще в 2008 году ФАС России опубликовала письмо [14], в котором разъясняла, что понимается под навязыванием:

- нежелание доминанта согласовывать спорные условия;
- внесение в соглашение различных противоречивых требований, которые приводят к усилению ответственности при их неисполнении;
- внедрение дополнительных требований, которые не соответствуют ключевым положением соглашения.

Резонно подчеркнуть, что этот документ прекратил свое действие в 2010 году [139], однако имеющаяся практика говорит нам о том, что ФАС России следует этому документу до сих пор.

Для выявления факта навязывания обязательно необходимо всестороннее рассмотреть, каким образом было дано согласие, чтобы договор был заключен. Одним из примеров незаконного получения согласия является угроза неблагоприятных последствий, если другая сторона не даст согласия доминанту. Однако стандартное предложение заключить соглашение на невыгодных условиях для контрагента не будет признаваться навязыванием.

Характерный пример навязывания рассмотрен в деле Арбитражного суда города Москвы № А40-228362/20 [40]. ООО «Эпл Рус» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением к ФАС России о признании незаконным решения ФАС России от 08.08.2020 по делу № 11/01/10-24/2019. Из материалов дела следует, что по мнению АО «Лаборатория Касперского» истец злоупотребил доминирующим положением на рынке мобильных устройств под управлением операционной системы iOS, в следствие чего АО «Лаборатория Касперского» было вынуждено ухудшить функциональность своего мобильного приложения для родительского контроля Kaspersky Safe Kids (далее - KSK) с целью продвижения собственного аналогичного приложения Screen Time.

ФАС России были выявлены признаки злоупотребления доминирующим положением на рынке мобильных устройств путем включения в документы пунктов лицензионных соглашений, негативно влияющих на деятельность разработчиков. В частности, подпунктом «b» пункта 6.8 Лицензионного соглашения для разработчиков программ Apple установлено: «Apple может по своему усмотрению отказать в распространении Вашего приложения по любой причине, даже если Ваше приложение соответствует Документации или Требованиям к Программам». Apple Inc. заявил, что приложение KSK было отклонено также за нарушение пункта 2.5.2 Руководства App Store по экспертизе: «Приложения должны

быть автономными в своих пакетах и не могут считывать или записывать данные вне пределов выделенной области, а также не могут загружать, устанавливать или выполнять коды, которые добавляют или изменяют функции, или функциональные возможности приложения, в том числе других приложений».

Из материалов дела следует, что 4 марта 2019 года Apple Inc одобрил KSK версии 1.26. Поскольку из приложения KSK версии 1.26 была удалена поддержка конфигурационных профилей, приложение лишилось важного функционала: сокрытие с рабочего стола браузера Safari и возрастные ограничения на использование (запуск/установку) других приложений. Таким образом, суд соглашается с выводами антимонопольного органа о том, что в результате действий Apple Inc. (отклонение KSK и его последующее одобрение только при условии удаления конфигурационных профилей) приложение KSK было подвергнуто существенному функциональному ухудшению и стало менее конкурентоспособным, поскольку потеряло важный для потребителя функционал родительского контроля, который, при этом, присутствует в Screen Time. В решении суда претензии Apple Inc не были приняты.

Показательный случай навязывания представлен в деле № А40-195153/2015 [41]. ОАО «Жилкомплекс» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением к УФАС России по Московской области о признании незаконным решения от 02.07.2015 и предписаний по делу № 05-15/05-15. Из материалов дела следует, что УФАС России по Московской области в отношении ОАО «Жилкомплекс» было возбуждено дело № 05-15/05-15 о нарушении антимонопольного законодательства. Заявитель с вынесенным решением и предписаниями не согласился и обжаловал их в арбитражном суде. Судом было установлено, что в Московскую областную УФАС России поступило заявление ООО «Мультискан» с жалобой на неправомерные действия ООО «Жилкомплекс» в части навязывания невыгодных условий договора на

размещение оборудования для оказания услуг связи в многоквартирных домах. Обществу было вынесено предупреждение на основании ст. 39.1 Федерального закона «О защите конкуренции». Общество отправило письмо о невозможности его исполнения, что явилось поводом для возбуждения дела. Судом было установлено, что ОАО «Жилкомплекс» является единственным хозяйствующим субъектом, предоставляющим инфраструктуру данных жилых домов для размещения средства связи, и то, что на настоящем рынке отсутствуют иные хозяйствующие субъекты, которые своими действиями могли бы исключить влияние данного общества на рынок. Исходя из этого судом установлено, что ОАО «Жилкомплекс» занимает доминирующее положение на рынке услуг по управлению многоквартирными домами. Было установлено, что третье лицо – ООО «Мультискан» оказывает интернет-услуги на территории г. Королев Московской области. Между ОАО «Жилкомплекс» и ООО «Мультискан» был заключен договор на размещение средств связи на возмездной основе. Согласно материалам дела, между ОАО «Жилкомплекс» и ООО «Мультискан» заключен договор № 17/ж-П от 01.03.2011 на размещение средств связи на территории общего имущества собственников жилых помещений на возмездной основе.

В октябре 2014 года без объяснения причин ОАО «Жилкомплекс» составило дополнительное соглашение об увеличении ежемесячной платы. После отказа подписывать дополнительное соглашение в декабре 2014 года ОАО «Жилкомплекс» перестало осуществлять доступ сотрудников ООО «Мультискан» к оборудованию. Судом было установлено, что на настоящем рынке услуги связи оказывают пять операторов связи. С учетом данных обстоятельств, суд считает, что причиной расторжения договора явился отказ подписать дополнительное соглашение. Отказ осуществлять доступ сотрудников ООО «Мультискан» является нарушением ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции».

Для недопущения навязывания представляется важным сформулировать критерии, которые необходимо учитывать в правоприменительной практике:

- критерий рыночной власти;
- наличие альтернативы;
- критерий прозрачности;
- критерий пропорциональности.

Критерий рыночной власти поможет оценить уровень доминирования компании и ее способность навязывать условия. Под критерием наличия альтернативы понимается наличие возможности договориться о справедливых условиях с другими хозяйствующими субъектами. Критерий прозрачности подразумевает, был ли контрагент полностью проинформирован об условиях договора. Критерий пропорциональности оценивает влияние неблагоприятных условий на долгосрочные отношения доминирующей компании с другими участниками рынка, а также, будут ли неблагоприятные условия соразмерны рискам и выгодам.

Подводя итог анализу судебной практики по поводу навязывания можно сделать вывод о том, что существует достаточное количество правонарушений в этой области, при этом основными являются навязывание экономически, технологически невыгодных условий, а также условия, не определенные законодательством.

Важное место в злоупотреблении доминирующим положением занимает необоснованный отказ от заключения договора, который прямо коррелирует с нарушением принципа свободы договора. Решающим фактором в признании правонарушения доминантом будет тот факт, что отказ не имеет под собой никаких доказательств. Обязательным условием правомерности отказа от заключения договора является наличие неоспоримых аргументов.

Важно отметить, что в Федеральном законе «О защите конкуренции» упоминаются исключения, а именно: если такой отказ или такое уклонение

прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами, то доминант не будет привлечен к ответственности по п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции». Проведя анализ данных документов, не было найдено нормативно-правовых актов, в которых допускался отказ доминанта от заключения договора.

К нарушению принципа свободы договора также относится ограничительный договор. В таком договоре включены те условия, в следствие которых другая сторона попадает в очевидно невыгодное положение в сопоставлении с другими участниками рынка. Основной целью таких соглашений является установление цен, скидок, льгот, долей рынка, квот. Ограничительные договоры негативно влияют на рынок, что проявляется в росте цен, неэффективности производства. Политика государства должна очень жестко регулировать ограничительные договоры. Это необходимо для развития экономики страны.

Также стоит отметить, что принцип свободы договора требует цивилизованного поведения всех участников. Представляется, не стоит воспринимать принцип свободы договора как абсолютную величину. Данный принцип имеет ограничения, которые проявляются в специальных нормативно-правовых актах. Таким образом, как показала практика, в различных ситуациях доминирующие компании навязывают свои договорные условия, что приводит к ограничению возможности других компаний предлагать свои различные услуги конечным пользователям на более выгодных условиях. Также навязывание ограничивает межплатформенную конкурентоспособность, о важности которой упоминалось в предыдущем параграфе, что приводит к ограничению выбора услуг для конечных пользователей.

Подводя итог данному параграфу необходимо отметить, что из-за отзыва письма ФАС России в настоящий момент отсутствует нормативное толкование понятия навязывания. Представляется, что под навязыванием следует понимать действия (бездействие) доминанта по принуждению контрагента к принятию условий договора не выгодных для него или не относящихся к предмету договора, а также действия по принуждению к включению в договор спорных условий о повышенной ответственности за их неисполнение под угрозой не заключать договор вообще.

2.2 Отказ от заключения сделки как способ злоупотребления доминирующим положением

Как уже было представлено ранее в Федеральном законе «О защите конкуренции» описаны виды злоупотребления доминирующим положением.

Отказ от заключения сделки, главным образом договоров, достаточно частое правонарушение в области антимонопольного права. Основной целью данного отказа, как правило, значитесь давление на контрагента, соответствующее распределение товаров и удержание цены в надлежащей степени для доминанта. Отказ доминирующего хозяйствующего субъекта должен быть необоснованным. Только в этом случае действия субъекта будут считаться правонарушением. Такой отказ должен основываться на объективных причинах.

Прежде всего важно понять, что означает «отказ от сделки», так как это широкое выражение, применяемое к различным ситуациям. Как разъясняет А.Г. Джейкобс в своем Заключении по делу Syfait and Others [55], в некоторых случаях доминирующее предприятие обязано поставлять свои продукты или услуги, или лицензировать свою интеллектуальную собственность третьим лицам. Поэтому под выражением «отказ от сделки» подразумеваются такие случаи, когда доминирующее предприятие отказывается поставлять свои продукты и услуги или выдавать разрешение

на использование своей интеллектуальной собственности другой компании незаконно [146].

Также необходимо учитывать, какую форму может принимать отказ, поскольку антимонопольное право об отказе от сделки рассматривает не только очевидный и прямолинейный отказ, а также более замаскированные ситуации. Представляется, такими ситуациями обычно служат препятствование поставкам товара или внедрение дополнительных неравноправных условий договора.

В первых судебных делах мировой практики по поводу отказа от заключения договора (Commercial Solvents и United Brands) [57; 142] Европейский Суд ясно дал понять, что прекращение поставок существующему покупателю может представлять собой злоупотребление на основании статьи 102 ДФЕС, в случаях, когда поведение доминирующего предприятия вызвано желанием ограничить конкуренцию на рынке. Впоследствии, в деле Telemarketing [56] Европейский Суд посчитал, что аргументация, разработанная в деле Commercial Solvents в отношении прекращения поставок товаров, применима к случаю доминирующего предприятия, которое обусловило предоставление услуги принятием несправедливых договорных условий. Таким образом, Суд вынес решение, что организация-доминант на конкретном рынке, совершает злоупотребление, когда без каких-либо объективных оснований отказывается предоставить услугу и, следовательно, устраняет всю конкуренцию.

Еще одним примером судебного разбирательства по поводу отказа от заключения договора является дело крупной авиакомпании о непредоставлении доступа конкурирующей авиакомпании к компьютерной системе бронирования, для чтобы оказать на нее давление с целью повышения тарифов или отказа от маршрута [60].

Можно сделать вывод, что на данный момент для подтверждения отказа от сделки, как злоупотребления доминирующим положением, большинство судебных разбирательств требуют следующих доказательств:

– осуществление добровольных сделок ответчиком и его конкурентом до того, как ответчик отказался продолжать такие сделки;

– принуждение ответчика пожертвовать прибылью в краткосрочной перспективе в результате такого отказа.

В российском законодательстве отказу от заключения договора посвящен п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции». Важно отметить, что в данном законе упоминаются исключения, а именно: если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами, то доминант не будет привлечен к ответственности по п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции». Проведя анализ данных документов, не было найдено нормативно-правовых актов, в которых допускался отказ доминанта от заключения договора.

В российской судебной практике наиболее ярким примером по данной теме является решение по делу № 1 10/91-10 в отношении ООО «Ново Нордиск» от 6 октября 2010 года [43]. В ходе проверки соответствия деятельности ООО «Ново Нордиск» нормам Федерального закона о защите конкуренции были выявлены нарушения ч. 1 ст. 10 данного закона. Было установлено, что с 2008 по 2010 гг. ООО «Ново Нордиск» продавала свою продукцию только 5 покупателям, которые помимо прочего являлись уполномоченными дистрибьюторами данной компании. В ходе изучения внутренних документов ООО «Ново Нордиск» было установлено, что в них содержатся положения об ограничении продажи товаров любым хозяйствующим субъектам, за исключением 5 вышеупомянутых компаний. В ходе дела ООО «Ново Нордиск» затягивало процесс, прежде всего процедуры аудита. Также у компании были выявлены систематические

нарушения внутренних документов. ООО «Ново Нордиск» было признано нарушившим антимонопольное законодательство.

Данное дело имеет большое значение по следующим причинам. Стоит заметить, что желание создать дистрибьюторскую сеть, и при этом не увеличивать ее постоянно, можно назвать разумным. Так как с точки зрения затрат, совместная деятельность с знакомыми, проверенными временем компаниями гораздо более выгодна. В данном контексте важно понимать, что требования к потенциальным партнерам хозяйствующих субъектов должны быть равными и экономически обоснованными. Также интересным в данном деле представляется тот факт, что были изучены внутренние документы ООО «Ново Нордиск». Думается, можно сделать вывод о том, что ФАС России стала анализировать конкретные действия хозяйствующих субъектов, что является гораздо более важным с точки зрения развития конкуренции.

Также из этого дела видится одна из главных проблем российских компаний – несоблюдение своих же правил. Думается, это связано с тем, что выполнить все требования антимонопольного законодательства на практике почти невозможно. Кроме того, если упростить свои правила, риск взаимодействия с недобросовестным хозяйствующим субъектом для компании увеличивается, и соответственно потребитель, в чью защиту выступает антимонопольное законодательство, окажется в проигрыше.

Таким образом, опираясь на материалы судебной практики, можно составить классификацию отказа от заключения сделки:

- безоговорочный отказ;
- условный отказ;
- конструктивный отказ.

Безоговорочный отказ подразумевает полный отказ от поставок в любой ситуации. Под условным отказом понимается отказ от поставки при условии, что покупатель не согласен с определенными пунктами, например, такими как эксклюзивность. В случае конструктивного отказа поставщик

соглашается на сделку, но только на условиях, которые затрудняют конкуренцию покупателя. Например, на рынке цифровых технологий это может включать ухудшение условий доступа к входным данным или непредоставление достаточной информации для использования рассматриваемых цифровых входных данных.

В ходе изучения зарубежного опыта необходимо выделить доктрину необходимого оборудования, которая зародилась в США, но используется и в европейских странах [80]. Суть данной доктрины заключается в том, что субъект признается нарушившим ст. 2 Акта Клейтона, если он обладает уникальным оборудованием и не предоставляет его противоположной стороне. Представляется значимым, что этот документ не в полной мере соотносится с установками такого ключевого принципа, как принцип свободы договора. Применение доктрины требует одновременного выполнения ряда факторов, таких как:

- оборудование является единственным в своем роде;
- ни один из конкурентов не может воспроизвести похожее оборудование;
- зафиксировано доказательство отказа в передаче требуемого оборудования другой стороне;
- имеется наличие функциональной способности в передаче оборудования.

Представляется, данную доктрину стоит включить в российское законодательство, так как она является эффективным средством равенства в отношениях между хозяйствующими субъектами.

Важным моментом является отказ в лицензировании интеллектуальной собственности. Чтобы понять, является ли отказ в лицензировании права интеллектуальной собственности антиконкурентным поведением, сначала необходимо определить соответствующий рынок. Далее необходимо проанализировать, занимало ли рассматриваемое предприятие доминирующее положение, а также злоупотребляло ли оно этим

положением. Спорным элементом при злоупотреблении доминирующим положением в случае отказа в лицензировании права интеллектуальной собственности является именно злоупотребление, то есть определение обстоятельств, которые должны присутствовать, чтобы считать, что предприятие злоупотребило своим доминирующим положением.

Обязанность совершать сделку всегда рассматривается как исключение из общего принципа, согласно которому любое предприятие, независимо от того, доминирующее оно или нет, должно иметь право выбирать своих торговых партнеров и свободно распоряжаться своим имуществом. Именно поэтому, существуют строгие требования к признанию отказа от сделки злоупотреблением.

Жесткое законодательное регулирование обязанности заключать сделку на практике может оказаться контрпродуктивным. Действительно, если бы какой-либо хозяйствующий субъект мог получить доступ к вводимым ресурсам посредством применения законодательства о конкуренции, это стало бы препятствием для инвестирования в данные ресурсы, поскольку хозяйствующие субъекты увидели бы, что преимущества таких инвестиций несправедливо ограничены. Как выразились К. Хампе и К. Риттер, «обязательство по поставкам неизменно подрывает способность компании присвоить часть прибыли от своих инвестиций, тем самым нанося ущерб стимулу к инвестированию» [128]. Кроме того, слишком легкое введение обязательного доступа может уменьшить стимулы третьих лиц инвестировать в свои собственные ресурсы (и тем самым создать конкуренцию на уровне ресурсов), вместо этого они будут искать доступ к существующим ресурсам посредством антимонопольного законодательства. Представляется маловероятным, что наиболее эффективные (то есть доминирующие компании) должны сотрудничать с менее успешными, чтобы последние могли оставаться на рынке и конкурировать с ними. Если предполагается, что предприятия должны конкурировать на основе своих результатов, то каждое предприятие должно полагаться исключительно на

свои собственные ресурсы, и ему нельзя позволять полагаться на сотрудничество с наиболее влиятельными из них. В этом смысле обязанность заключать сделку может показаться не очень совместимой с конкуренцией, основанной исключительно на достоинствах.

Еще одной концептуальной проблемой, связанной с отказом от заключения сделки, является необходимость определить важность рассматриваемого вклада.

Во многих странах дела об отказе в заключении сделок обычно оцениваются с точки зрения того, является ли вклад «объективно необходимым для конкуренции» или является необходимым условием, направленным на фильтрацию отказов в поставках, которые вряд ли повлияют на конкуренцию. Если существуют эффективные заменители вводимых ресурсов или их можно реально дублировать, то невозможно исключить конкуренцию, отказываясь иметь дело с конкурентами.

Особенности рынка цифровых технологий таковы, что насколько оправданы действия конкурентов по отказу в сделке, выявить в большинстве случаев крайне сложно, иногда практически невозможно.

Цифровые платформы обладают огромным объемом информации о клиентах и конкурентах. Такую информацию возможно преобразовать в построение множества перспективных и доходных проектов, развития и совершенствования рынка, маркетингового анализа, построения эффективных схем логистики товаров, интеграцию и освоение перспективных услуг. В ряде случаев цифровые платформы предпочитают сознательно создавать определенные препятствия для конкурентов и пользователей, что акцентирует внимание на цифровой услуге, как незаменимой [146].

Важным моментом является поддержание мотивации компаний к развитию инноваций и инвестиций. Представляется, что компания не смогла бы качественно развивать свой незаменимый товар, если бы ей пришлось иметь дело с конкурентами на регулируемых условиях. В таком случае

любой отказ от заключения сделки будет являться антиконкурентной практикой. Представляется, что конкуренцию в данном контексте, нужно преподносить, как конкуренцию, которая была бы в отсутствие такой антиконкурентной практики.

Оценка предполагаемых и реальных аспектов конкуренции является тяжелой задачей. Если предположить, что компания предоставила доступ к своему товару, может возникнуть ситуация, при которой ее инфраструктура для незаменимого товара никогда не будет разработана. Под незаменимостью продукта или услуги необходимо подразумевать отсутствие товаров-заменителей или альтернатив, которые могут эффективно выполнять ту же роль. Представляется, что данный отказ от заключения сделки не должен являться нарушением конкурентного законодательства.

Также сложно разграничить отказ предоставить данные конкурентам от отказа вести дела в контексте законодательства о конкуренции. В некоторых случаях данные могут быть приобретены у сторонних агрегаторов, и для получения одной и той же информации могут использоваться разные наборы данных. Также, они могут использоваться для повышения качества услуг или предоставления дополнительных функций, не являясь входными данными, необходимыми для конкуренции хозяйствующих субъектов.

Представляется, случаи отказа в сделке также нужно рассматривать и с точки зрения экономической обоснованности. Другими словами, у предприятия должна быть техническая и операционная возможность предоставить доступ к рассматриваемым ресурсам. Отказ от сделки не может быть нарушением, если товар или доступ к нему не могут быть разделены, а также сложно установить средства защиты доступа к такому товару, например, в отношении визуального размещения цифровых продуктов, когда они предлагаются потребителям.

Самый простой способ установить экономическую обоснованность – определить, предоставляет ли предприятие такие ресурсы некоторым клиентам. Под этим подразумевается, что у предприятия существует

возможность продать доступ к ресурсам, но предприятие принимает конкретное решение не поставлять продукцию компаниям, которые, например, являются ее конкурентами на рынке. Однако могут существовать и другие экономические обоснования того, почему входные данные предоставляются одним потребителям, а не другим. Например, предоставление ресурсов может потребовать определенных инвестиций или может раскрыть определенные коммерческие тайны, что является объективным оправданием для отказа от сделки [87].

Бизнес-обоснований прекращения действия договора на поставку может быть меньше, но их все равно следует учитывать. Например, могут быть случаи, когда компания разработала программное обеспечение производства и вложила инвестиции в разработку и обслуживание. Это может означать, что продолжение поставок другим последующим потребителям может повлечь за собой значительные затраты или привести к значительной неэффективности. В случае если возможность предоставления доступа к ресурсам определена, необходимо проявлять осторожность, прежде чем выносить суждение о том, является ли вмешательство, требующее доступа, соразмерным и принесет ли оно пользу потребителям.

Таким образом, даже когда можно доказать, что отказ от заключения сделки лишает права конкуренции, существуют риски, связанные с потенциально чрезмерно широкими правоприменительными действиями для исправления ситуации. В частности, обязательство делиться важными ресурсами с конкурентами может подорвать стимулы компаний к разработке таких ресурсов. Другими словами, компании могут отказаться от разработки инноваций или осуществления других инвестиций, которые могут быть сопряжены с риском и выгодны для потребителей (и экономики в целом), если они не смогут иметь исключительное право на свои результаты [146].

Видится, что для того, чтобы отказ от заключения сделки признавался нарушением антимонопольного законодательства, необходимо иметь неопровержимые доказательства отрицательного влияния на потребителя,

например, сокращение выбора у потребителей, а также препятствование развитию и совершенствованию качества предоставляемых услуг.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что отказ от заключения сделки не будет являться злоупотреблением доминирующим положением, если существуют факторы незаменимости продукта или услуги, а также экономической обоснованности совместного использования продукта или услуги.

2.3 Злоупотребление доминирующим положением путем связывания на рынке цифровых технологий

С течением времени правовые доктрины могут изменить сферу своего применения. С одной стороны, можно предположить, что обоснование доктрины устаревает после определенного количества случаев, и поэтому ее применение прекращается. С другой стороны, правовая доктрина может быть применена к делам, которые ранее не регулировались или подпадали под действие другой доктрины, что приводит к расширению сферы ее применения. Можно утверждать, что правовые доктрины не остаются без дела, когда меняется сфера их применения; это особенно верно, когда они применяются к новым явлениям. Это связано с тем, что в новых условиях правовая доктрина может быть адаптирована к конкретным обстоятельствам дела, что может потребовать учета дополнительных соображений. Это может – в конечном счете – привести к модификации доктрины в том виде, в каком она была изначально задумана. Таким образом, изменение сферы применения правовой доктрины часто сопровождается модификацией самой доктрины. Одной из таких доктрин является доктрина связывания.

Первоначально концепция связывания была разработана для комбинированной продажи более чем одного продукта. В последнее десятилетие она была применена к интеграции программного обеспечения в операционную систему, а также к приоритетному отображению собственных

услуг в рейтинге поисковых систем. Связывание относится к ситуации, когда предоставление товара или услуги предприятием требует получения второго, отдельного товара или услуги (связанного продукта) от того же предприятия. Однако связанный продукт в таком сценарии может быть получен как самостоятельный продукт. Два продукта могут быть связаны технически или по контракту. Техническое связывание может иметь место, например, когда связывающее изделие физически прикреплено к связанному изделию или предназначено для правильного функционирования только в сочетании со связанным изделием, а не с альтернативами, предоставляемыми конкурентами. Договорные обязательства имеют место, когда покупатель, приобретающий сопутствующий товар, связан договорными обязательствами по приобретению связанного товара. Таким образом, общие рассуждения, лежащие в основе концепции связывания могут быть применены к случаям, которые, на первый взгляд, мало похожи на комбинированную продажу более чем одного продукта. Обнаружение злоупотребления доминирующим положением в делах, связанных с цифровыми платформами, требует большой осторожности, поскольку совместное предоставление продуктов или услуг и использование доминирующего положения платформы является неотъемлемой частью их коммерческого существования.

Связывание – это распространенная деловая практика, состоящая в комбинированной продаже двух или более товаров, или услуг. Связывание можно наблюдать в различных отраслях. Как правило компании, использующие такую практику, а также их клиенты считают такой подход полезным. На практике существует множество различных форм связывания, однако, их обычно можно разделить на два типа: простое связывание и смешанное связывание.

Простое связывание характеризуется невозможностью приобрести продукты отдельно, а только одновременно в определенном соотношении. В случае смешанного связывания допускается приобретение продуктов и отдельно, и совместно. В ситуации совместного приобретения продуктов,

цена такого набора ниже, чем сумма всех продуктов в наборе, если бы они покупались по отдельности. Соответственно, эта стратегия не вынуждает клиентов покупать несколько продуктов одновременно у одного и того же предприятия, а только стимулирует их к покупке, предлагая более выгодную сделку для совместной покупки. Важно обращать внимание на то, что далеко не всегда смешанное связывание соответствует законодательству. Когда продукты, предлагаемые в виде смешанного связывания, дополняют друг друга, а экономия на цене значительна, возникает вопрос о необходимости юридической проверки. Успешное развертывание стратегии расширения цифровой платформы требует привлечения группы клиентов (состоящей в основном из конечных потребителей) от одного взаимодействия к другому, что повлечет за собой множество договорных и технических тактик, которые различаются по степени их вмешательства в выбор клиента. Чем более принудительной будет эта тактика, тем больше она будет напоминать эффект, который практика связывания оказывает на поведение потребителей и, таким образом, с большей вероятностью повлечет за собой проверку данной платформы на соответствие правовым нормам закона о защите конкуренции.

Платформы, стремящиеся к собственному расширению, могут, в самом крайнем случае, поставить использование одного взаимодействия на платформе в зависимость от использования другого взаимодействия. Например, если бы потребители, желающие забронировать номер на Expedia, также были бы обязаны оплатить свой рейс через данный сайт. Это максимизирует степень перехода от одного взаимодействия к другому. Однако, если затраты на переход незначительные, эта стратегия может привести к преимуществу перед конкурирующими автономными платформами, которые предлагают эти взаимодействия по отдельности. Более тонкий подход повлечет за собой конфигурацию, в которой использование одного взаимодействия запускает функционирование отдельного взаимодействия без запроса клиента, но не налагает на клиента

обязанности использовать его. Например, потребитель, бронирующий номер в гостинице на Expedia, также может получить сравнение цен на авиабилеты или аренду автомобилей на те же даты без запроса. Такое незапрошенное инициирование взаимодействий также может сопровождаться повторяющимися предложениями, принуждающими потребителя к активному использованию таких дополнительных взаимодействий. Практика, подобная этой, влечет за собой де-факто форму связывания, поскольку она привносит аспект предопределенности в выбор, сделанный клиентами в отношении использования одного или нескольких взаимодействий на платформе. Кроме того, когда взаимодействия представляют собой каналы продаж, что позволяет осуществлять некоторые формы денежных транзакций, как в случае с Expedia, может также предлагаться снижение цен для объединенного использования двух (или более) взаимодействий в сочетании с незапрашиваемым инициированием этих взаимодействий. Хотя эти последние действия не накладывают прямых ограничений на свободу выбора клиентов, они могут оказать существенное влияние на их выбор.

Появление цифровой экономики вызвало дальнейшую эволюцию доктрины связывания. Лучше всего это иллюстрируется делами Microsoft, в которых интеграция Microsoft Windows Media Player и Internet Explorer [61] в операционную систему Windows подлежала судебному рассмотрению. В этих случаях европейские суды постановили, что интеграция продуктов может быть равносильна договорным обязательствам, и поэтому такая практика может рассматриваться как злоупотребление доминирующим положением на рынке. Аргументация в пользу злоупотреблений при установке программного обеспечения убедительна, так как довольно легко комбинировать приложения, смешивая их коды. Даже если потребитель приобретает только один продукт, он может на самом деле получить два разных продукта, что считается равным ситуации, когда его принуждали заключить несколько договоров.

Очень важным для понимания связывания является дело Google Search [62]. В данном деле, описывается как Google использует данную антиконкурентную стратегию. Так, конкуренты Google находились на четвертой странице поиска, а собственная служба в самой верхней части результатов поиска. В связи с этим возникает вопрос, может ли благоприятный режим собственных услуг охватываться концепцией связывания или другими словами: достаточно ли того, что потребители с большей вероятностью выберут сервис сравнения покупок Google. И Европейская комиссия, и Высокий суд Великобритании поддержали эту гипотезу, поскольку можно было установить, что пользователи проявляют позиционную предвзятость, то есть они с большей вероятностью переходят по ссылке с высоким рейтингом [129].

Таким образом, в цифровую эпоху размещение собственных товаров в более выгодном положении по сравнению с товарами конкурентов равносильно тому, чтобы поставить заключение договора в зависимость от принятия других обязательств.

Ранние случаи связывания были отмечены интуитивной «теорией влияния». Согласно этой теории, доминирующее предприятие может распространить свою рыночную власть на другой конкурентный рынок, для того, чтобы установить «новую или вторую монополию на этом рынке» [59]. В конечном итоге предприятие, занимающееся связыванием, может получить две монопольные прибыли, в следствие чего благосостояние потребителей снизится. Таким образом, связывание может рассматриваться как способ нанесения ущерба потребителям путем монополизации конкурентного рынка. Поэтому неудивительно, что соглашения о связывании вызывали у судей большой скептицизм.

Наиболее выразительно эту ситуацию можно проиллюстрировать на примере дела Standard Oil 1949 г., когда Верховный суд США постановил, что «соглашения о связывании вряд ли служат какой-либо цели, кроме подавления конкуренции» [113]. В ходе исследования антимонопольного

законодательства Генеральным прокурором США в 1955 г. был сделан вывод, что целью связывающих соглашений является монополистическая эксплуатация, поскольку практика связывания искусственно расширяет «рынок для «связанного» продукта, как если бы данный продукт конкурировал независимо и на равных условиях» [113].

В деле *Fortner Enterprises* 1969 года Верховный суд США подтвердил свою позицию в отношении связывания, заявив, что «соглашения о связывании обычно не служат никакой законной деловой цели, которая не может быть достигнута каким-либо менее ограничительным способом», поэтому «наличие любого заметного ограничения конкуренции является достаточным основанием для аннулирования равенства» [113]. Таким образом, суды США заняли строгую позицию в отношении дел о связывании, что привело к запрету такой деловой практики.

Концепция связывания вполне открыта для доктринальной эволюции. Это становится очевидным, если взглянуть на тесты, которые используются для анализа связывающих соглашений в судебных делах. Согласно Руководству Европейской комиссии в области правоприменения, комиссия принимает меры против хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке, когда связываемые товары являются разными товарами и практика связывания может привести к антиконкурентному отчуждению права выкупа [144].

Тест отдельных товаров несколько выделяется в научном дискурсе. Неисчерпывающий список примеров, обсуждаемых в литературе, включает обувь и шнурки, мобильные телефоны со встроенными камерами и SIM-картами, сироп от кашля с обезболивающими эссенциями, *Financial Times* и кроссворды и многое другое. Часто аргументация кажется интуитивно убедительной, но сомнительно, что интуиция является хорошим советчиком в менее очевидных случаях, поскольку именно они часто возникают в цифровой среде. По мнению Европейской комиссии, в соответствии с потребительским спросом следует судить о том, считать ли

товары отличимыми [90]. Таким образом, необходимо оценить, будут ли потребители покупать товары вместе, если не будет связывания. Представляется необходимым разработать более общий подход к вопросу о том, в каких случаях считать два товара отдельными.

Европейское прецедентное право, возможно, влечет за собой некоторые веские аргументы в пользу товаров, которые нельзя считать отличимыми. Если товары должны располагаться на едином тождественном рынке, их, скорее всего, нельзя считать отдельными. Это восходит к основному принципу формирования рынков, согласно которому рынки должны определяться с помощью концепции взаимозаменяемости. Можно возразить, что с точки зрения закона о защите конкуренции взаимозаменяемость противоположна отличимости: если два товара достаточно похожи, чтобы удовлетворить один и тот же спрос, их обычно не покупают вместе, если только они не связаны друг с другом. Следовательно, в качестве первой гипотезы представляется, что товары можно считать отличимыми, если они расположены на разных географических или товарных рынках. Эту гипотезу можно проверить, оценив, является ли тест отдельных товаров структурно эквивалентным определению рынка. Основными характеристиками, влияющими на определение рынка, являются замещение спроса и замещение предложения. Таким образом, представляется, что вышеупомянутые аспекты также имеют решающее значение для определения, является ли товар отдельным.

При рассмотрении вопроса о том, могут ли связанные товары считаться отличимыми, представляется необходимым использовать анализ спроса. В случае с Microsoft подчеркивается, что «отличимость продуктов для целей Статьи 82 ЕС должна оцениваться со ссылкой на потребительский спрос» [66]. Это могло бы поддержать предложенную первую гипотезу: если два продукта должны находиться на едином тождественном рынке, возможно, не существует независимого спроса на один из продуктов, скорее спрос на один продукт зависит от спроса на другой. Покупка одного товара снижает спрос

на товар-заменитель. Если, с другой стороны, потребители будут покупать связывающий продукт и связанный продукт по отдельности, есть убедительные доказательства того, что эти продукты не могут считаться взаимозаменяемыми.

Соображения, связанные с анализом предложения, также могут быть приняты во внимание при определении являются ли продукты отдельными. Европейская комиссия признает, что, если предприятия, специализирующиеся на производстве или продаже, предлагают связанный продукт без первого продукта, это может быть косвенным свидетельством существования отдельных продуктов [61]. В случае с Microsoft Европейская комиссия сделала вывод на основании наличия нескольких отдельных медиаплееров о том, что медиаплееры и операционные системы должны считаться отдельными продуктами [61]. Таким образом, представляется, что тестирование различных продуктов и определение рынка оценивают один и тот же объект, но под разным углом зрения. С экономической точки зрения вполне логично рассматривать тест отдельных продуктов как оценку того, должны ли рассматриваемые продукты продаваться на разных рынках.

Таким образом, нахождение компромисса между антиконкурентными последствиями и стимулирующими конкуренцию эффектами связывания на цифровых платформах имеет важное значение для разграничения незаконного связывания от законной практики. Поиск компромисса между антиконкурентным эффектом и стимулирующим конкуренцию эффектом привязки к цифровым платформам непростая задача, поскольку это может привести к возникновению правовой неопределенности и увеличению затрат.

В российском законодательстве, а именно в Федеральном законе «О защите конкуренции» в части 1 статьи 10 нет прямого упоминания о связывании в перечне запрещенных Законом злоупотреблений. Этот перечень, однако, не является исчерпывающим. Как ФАС России, так и российская судебная практика признают связывание незаконным злоупотреблением доминирующим положением.

ФАС России разработала правоприменительную практику о злоупотреблении доминирующим положением путем связывания со стороны цифровых компаний. Однако по сравнению с соответствующим правоприменением со стороны США и ЕС российская судебная практика весьма ограничена. Редким примером является дело Google (решение и предписание по делу № 1-14-21/00-11-15 от 18.09.2015) [44]. В этом деле ФАС России установила, что компания Google использовала свое доминирующее положение на рынке магазинов предустановленных приложений для операционной системы (далее - ОС Android) в качестве рычага воздействия в отношениях с производителями для ограничения конкуренции на других рынках. Google использовала свое положение на одном рынке (магазины предустановленных приложений для ОС Android), чтобы выйти на смежные рынки, такие как веб-поиск, электронная почта, музыка и видео, потоковая передача контента и так далее, которые были конкурентоспособными [103]. Это было сделано путем связывания, чтобы обязать производителей мобильных устройств предварительно устанавливать пакет приложений Google, чтобы иметь возможность установить Google Play (продукт, в котором Google доминировал). Это создало серьезное препятствие для выхода разработчиков конкурирующих приложений на эти смежные рынки, что привело к эффекту исключения. Интересно, что ФАС России признала компанию Google нарушившей ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» без ссылки на конкретный пункт, тем самым подтверждая, что ФАС России не ограничивается в своем анализе некоторыми устоявшимися злоупотреблениями. В заключение ФАС России заявила, что Google влияет на общие условия обращения товаров в смежных продуктовых рынках (мобильных приложений) в связи с доминирующим положением на рынке предустановленных магазинов приложений, создавая льготные условия для собственных приложений, проводя обеспечение того, чтобы конечные пользователи отдавали приоритет

приложениям Google и, как следствие, получая монопольную прибыль на рынках мобильных приложений.

Однако в предложенных изменениях отсутствуют вопросы, относящиеся к связыванию. Исходя из приведенных примеров, данная проблема является одной из самых актуальных в области правового регулирования злоупотребления доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Обосновано, что связывание применительно к цифровым платформам является эффективным способом пресечения конкуренции в краткосрочной и долгосрочной перспективе.

Исследование в этом параграфе показало, что текущая структура связывания продуктов может оказаться полезным инструментом для фильтрации антиконкурентных стратегий расширения, реализуемых цифровыми платформами. Также, имеет большое значение оценка потенциала повышения эффективности в контексте двусторонних (или многосторонних) рынков в случае, когда практика связывания действительно выявляется.

Представляется важным сформулировать критерии оценки добросовестности действий доминирующих маркетплейсов и агрегаторов в борьбе за количество пользователей:

- критерий конфиденциальности и безопасности данных;
- критерий наличия обратной связи;
- соблюдение этических стандартов;
- критерий долгосрочной устойчивости.

Под критерием конфиденциальности и безопасности данных подразумевается, что доминанты, которые отдают приоритет конфиденциальности и безопасности пользовательских данных и принимают надежные меры для защиты конфиденциальной информации, будут пользоваться большим доверием со стороны пользователей. Под критерием наличия обратной связи подразумевается, что доминанты, которые активно

прислушиваются к предложениям и проблемам пользователей, будут более честными в глазах пользователей.

Необходимо отметить, что доминирующий субъект имеет достаточную экономическую власть на рынке, чтобы исказить выбор потребителей в отношении связанного продукта. Чтобы определить, искажается ли выбор потребителей, представляется важным сформулировать критерии, которые необходимо учитывать в правоприменительной практике:

- критерий ценообразования;
- критерий эксклюзивности;
- критерий прозрачности.

Критерий ценообразования помогает определить имел ли изначально доминирующий субъект намерение сделать покупку отдельных товаров дорогостоящей, чтобы заставить потребителей покупать товары в связке. Под критерием эксклюзивности понимается включение определенных условий в соглашение об эксклюзивности, которые не позволяют предлагать конкурирующие продукты вместе со связанным продуктом. Критерий прозрачности подразумевает, был ли контрагент полностью проинформирован об условиях договора.

Представляется значимым проводить анализ связывания таким образом, чтобы он правильно определял существование двух или более отдельных продуктов, совместно предлагаемых заинтересованным субъектам. Такой вывод может быть приемлемым в случаях, когда происходит связывание отдельных платформ, так как часто будут доступны доказательства замещения со стороны спроса и предложения. Однако, когда исследуемые практики касаются связывания двух или более совпадающих взаимодействий на одной платформе, установление существования отдельных совместно предлагаемых продуктов может оказаться довольно сложной задачей. Тем не менее, даже в таких случаях могут быть доступны доказательства замещения отдельных взаимодействий со стороны спроса и предложения.

Представляется необходимым внести в Федеральный закон «О защите конкуренции» определение необоснованного связывания товаров или услуг. Необоснованное связывание товаров или услуг – это действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, заключающиеся в намерении продать один продукт, но только при согласии покупателя на покупку другого(связанного) продукта, при этом хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, имеет достаточную экономическую власть на соответствующем товарном рынке, чтобы исказить выбор потребителей в отношении связанного продукта.

Глава 3

Перспективы развития правового регулирования в области противодействия злоупотреблению доминирующим положением в России и за рубежом

3.1 Опыт иностранных государств по противодействию злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий

В большинстве зарубежных стран развитие и рост экономики связан с защитой конкуренции. Видится, чтобы рыночная атмосфера была удобной, благоприятной, каждое государство создает и поддерживает механизмы антимонопольного регулирования. Для стран с развитой рыночной экономикой антимонопольное регулирование – фундамент экономической политики. Опыт ведущих мировых стран подтверждает этот тезис.

Для начала нужно пояснить, что понимается под злоупотреблением доминирующим положением в различных странах. В США для установления факта злоупотребления субъектом доминирующим положением применяется термин монополизация. основополагающим признаком данного термина является то, что доминант отрицательно влияет на состояние конкуренции. Тем не менее, единого определения монополизации в США нет. В юридическом словаре Блэка, который считается одним из самых известных юридических словарей США, под монополизацией с точки зрения федерального антитрестовского права понимается преступление с двумя элементами: 1) владение монопольной властью, то есть правом устанавливать цены и исключать конкурентов на соответствующем рынке; 2) преднамеренное приобретение или поддержание этой власти в отличие от развития в результате деловой хватки, производства превосходного продукта или исторического случая [127]. Э. Гэлхорн и В. Ковачич не дают

конкретного определения, а считают необходимым проследить судебную практику в данной сфере [72]. Т. Салливан [134] под монополизацией понимает незаконные действия, посредством которых компания приобретает или удерживает монопольную власть. Радикальной теории придерживается Р. Познер [131], который считает, что монополизацию не следует выделять в отдельное понятие, а есть лишь неправомерные антиконкурентные действия, которые может совершать любая корпорация, в том числе и доминант.

В первых делах, связанных с регулированием злоупотребления доминирующим положением, в США не проводилось различий между запретом на соглашения и согласованные действия и злоупотреблением доминирующим положением. Соответственно, необходимо было разрешить данную проблему.

Существенного прогресса в разрешении этого вопроса удалось достичь в деле Alcoa [63]. Alcoa являлась лидером на рынке производства алюминия в США, ее доля достигала в 1909 году более 90 процентов. Компания заключила с различными структурами сделки. Из содержания данных сделок следовал запрет продажи электроэнергии другим участникам рынка.

Несмотря на прекращение соглашений через четыре года, Alcoa оставалась лидером на рынке производства алюминия. Данную компанию обвинили в нарушении американского антимонопольного законодательства, а именно, ст. 2 Акта Шермана. Суд выдвинул такие аргументы:

- обладание большей частью рынка очевидно свидетельствует о том, что компания злоупотребляет доминирующим положением;
- компания добилась такого положения не благодаря своему интеллектуальному превосходству, объективным рыночным факторам, а благодаря нарушению законодательства. Было установлено, что компания затрудняла доступ к выходу на рынок других игроков.

В последствии этими же аргументами руководствовался Верховный суд США в деле *United States v. United Shoe Machinery Corp* [64], в котором было определено, что корпорация United Shoe нарушила

ст. 2 Акта Шермана. Нарушение заключалось в том, что United Shoe давала разрешение на использование своего оборудования, при условии, когда техническое обслуживание данного оборудования предоставляется только United Shoe, иначе United Shoe отказывалась реализовывать свое оборудование. Суд пришел к выводу, что данные условия, выдвигаемые United Shoe, приводили к еще большему увеличению доли United Shoe. В предлагаемых обстоятельствах развитие других участников рынка было существенно осложнено. Также были приведены аргументы, что факт обладания большой долей рынка свидетельствует о том, что лицо осуществляет монополизацию.

Главным выводом данных дел представляется, что установление власти путем устранения конкурентов с рынка является основным критерием монополизации. Этот вывод нашел свое отражение в принципе разумного подхода. Суть данного принципа заключается в том, что необходимо отличать вытеснение конкурентов вследствие результативности своей деятельности от вытеснения конкурентов вследствие незаконных действий. Также были выявлены несколько подходов к определению злоупотребления доминирующим положением. Первый подход заключался в том, что обладание большей частью рынка уже будет очевидно свидетельствовать о том, что есть факт злоупотребления. Следующий пункт состоит в несоблюдении ст. 1 Акта Шермана. В основе третьего подхода лежало наличие у субъекта определенной власти, прежде всего экономической, действия которого приводили к негативным последствиям.

Дополнительно стоит выделить доктрину необходимого оборудования, которая зародилась в США, но используется и в европейских странах [80]. Суть данной доктрины заключается в том, что субъект признается нарушившим ст. 2 Акта Клейтона, если он обладает уникальным оборудованием и не предоставляет его противоположной стороне. Представляется значимым, что этот документ не в полной мере соотносится с установками такого ключевого принципа, как принцип свободы договора.

Применение доктрины требует одновременного выполнения ряда факторов, таких как:

- оборудование является единственным в своем роде;
- ни один из конкурентов не может воспроизвести похожее оборудование;
- зафиксировано доказательство отказа в передаче требуемого оборудования другой стороне;
- имеется наличие функциональной способности в передаче оборудования.

В США недавнее судебное решение по делу American Express [54], по-видимому, указывает на простой подход к определению рынка транзакционных платформ через понятие многостороннего продукта. Таким образом, оправдывается определение единого многостороннего рынка. Это может стать первым шагом в единой теории для всех многосторонних платформ, основанной на различии между транзакционными и нетранзакционными платформами.

Одним из главных критериев развития цифровой платформы является глубокий сбор данных о клиентах. К такой информации можно отнести:

- время посещения платформы;
- место посещения платформы;
- поисковой запрос пользователя;
- покупки пользователя и т.д.

Данная информация обрабатывается платформой с целью увеличения клиентской базы.

Рассматривая европейский опыт, прежде всего стоит выделить Германию, где злоупотребление доминирующим положением регулируется Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [19]. Пункты этого нормативно-правового акта очень схожи с положениями российского закона, но есть отличия. Главное отличие состоит в определении размера доли рынка (в Германии – 40 процентов, в России – 35 процентов). Пункты,

характеризующие злоупотребление, описаны более подробно. Например, в пункте 4 указано, что в случае, когда доминант отказывается разрешить другому предприятию доступ к его собственным сетям или другим инфраструктурным средствам без должного рассмотрения, а также при условии, что без такого совместного использования другое предприятие не может по юридическим или фактическим причинам действовать в качестве конкурента доминирующего предприятия в восходящем или нисходящем направлении, такое действие представляет собой злоупотребление. Дополнительным отличием является применение в Германии поведенческих или структурных мер. Например, заставить компанию расстаться со своими активами – структурная мера, а потребовать прекратить махинации – поведенческая мера. В российском законодательстве поведенческую меру исполняют предупреждения.

Тем не менее, в Европе самую важную роль в разрешении проблем, связанных с злоупотреблением доминирующим положением, дала судебная практика и мнения различных ученых. В частности, необходимо отметить А. Базелера [84], который в своей книге пишет о том, что в Германии злоупотребления происходят либо посредством ограничений, либо посредством эксплуатации. По его мнению, большинство дел связаны именно со злоупотреблением посредством ограничений. Р. Жолье предлагал разграничивать поведенческое и структурное злоупотребление [92]. К структурному злоупотреблению он относил любое действие доминанта, связанное с ограничением конкуренции. А к поведенческому он относил действия, запрещенные договором о функционировании Европейского союза и Французским торговым кодексом.

Хотелось бы отметить европейский опыт в области такого вида злоупотребления как монопольно низкая цена, в основе чего лежит изучение промежуточных значений издержек на протяжении различных временных интервалов [112]. Данное изучение помогает в определении такого ценообразования, которое вытесняет конкурентов с рынка. Так, если цена

ниже издержек, это противоречит экономической логике, а значит высока вероятность незаконного ценообразования.

Прецедентным стало дело ECS против AKZO Chemie [65]. В ходе этого дела было установлено, что незаконное ценообразование наступает в случае, когда доминирующее предприятие вытеснит конкурента с рынка и вернет себе все расходы. Расследование показало, что AKZO хотела вытеснить с рынка ECS. Проведенный анализ издержек доказал мотив устранения конкурента с рынка, что, по мнению суда, явилось нарушением законодательства.

В Аргентине для установления доминирующего положения необходимо учитывать следующие обстоятельства:

1) степень, в которой данный товар или услуга могут быть заменены другими, будь то национального или иностранного происхождения, условия такой замены и время, необходимое для этого;

2) степень, в которой нормативные рамки ограничивают доступ товаров или поставщиков, или заявителей на рассматриваемый рынок;

3) степень, в которой предполагаемый исполнитель может в одностороннем порядке влиять на формирование цен или ограничивать предложение, или спрос на рынке, а также степень, в которой его конкуренты могут противодействовать этой власти.

В Бразилии доминирующее положение возникает, когда компания или группа компаний контролируют значительную часть соответствующего рынка в качестве поставщика, посредника, покупателя или финансиста соответствующего продукта, услуги или технологии. Доминирующее положение предполагается, когда компания или группа компаний контролируют 20 процентов соответствующего рынка [106]. В Бразилии регулирующие органы занимают осторожную позицию в отношении вызовов на рынке цифровых технологий. Правила, касающиеся цифровых платформ, принимаются различными регулирующими органами, отвечающими за телекоммуникации, защиту данных, защиту прав потребителей. Отраслевые

регуляторы, как правило, хорошо подготовлены и оснащены для работы с цифровыми аспектами своих секторов, но они стараются не превышать свои полномочия.

В Бразилии создана Национальная система цифровой трансформации («EDB»), основанная на Бразильской цифровой стратегии («E-Digital») [106]. В стратегии описана система из 100 действий, направленных на обеспечение цифрового развития. Основные цели, поставленные в стратегии, касаются сетевой инфраструктуры и расширения доступа в Интернет; исследований в области разработки и инноваций; доверия к использованию информационных технологий; образования и профессиональной подготовки. Структура управления Бразильской стратегией цифровой трансформации была официально учреждена Указом № 9.319 от 21 марта 2018 года.

Также Бразилия использует такой документ как, «Общие планы целей универсализации» (Plano Geral de Metas de Universalização или «PGMU») для установления целей универсального доступа для телекоммуникационных компаний, возникших после приватизации ранее принадлежавшего государству телекоммуникационного гиганта Telebrás в 1998 году. В Бразилии были приняты серьезные меры по обеспечению конкуренции в доступе к инфраструктуре, особенно на рынках телекоммуникаций, которые поддерживают интернет-услуги.

Административный совет Бразилии по экономической защите (далее – CADE) признал важность обсуждения данных и конфиденциальности, но подтвердил, что оценка проблем конфиденциальности должна проводиться такими органами, как Департамент защиты прав потребителей и Комитет по управлению интернетом.

Отдельно стоит отметить, что в Законе Бразилии о конкуренции нет четкого определения злоупотребления доминирующим положением. Так, в соответствии со статьей 36 Закона № 12529/2011 (Закон Бразилии о конкуренции) считается антиконкурентным нарушением, независимо от

вины, любая и всякая практика, осуществляемая каким-либо образом, имеющая своей целью или могущая привести к следующим последствиям:

- ограничение, искажение или каким-либо образом нанесение ущерба свободной конкуренции или свободному предпринимательству;
- доминирование на соответствующем рынке товаров или услуг;
- произвольное повышение цены;
- злоупотребление доминирующим положением.

Закон Бразилии о конкуренции устанавливает два подхода к борьбе с антиконкурентными практиками: подход, основанный на форме, и подход, основанный на последствиях. При столкновении с определенными практиками, такими как горизонтальная фиксация цен, CADE использует подход, основанный на формах, поскольку такая практика может считаться нарушением независимо от любых фактических или потенциальных последствий, которые она может иметь на соответствующем рынке. По мнению ОЭСР, хотя «этот подход не следует интерпретировать как явное «незаконное само по себе» правило», CADE возлагает на сторону бремя обоснования расследуемого поведения и демонстрации того, что такое поведение не приведет к предполагаемым антиконкурентным последствиям.

В этом смысле доминирующее положение само по себе не является незаконным, учитывая, что компания может достичь лидирующего положения на рынке, полагаясь исключительно на свои достоинства (например, будучи более эффективной, чем ее конкуренты, предлагая более качественную продукцию), не создавая искусственных барьеров для своих соперников или участвуя в других антиконкурентных действиях. Согласно статье 36 Закона № 12529/2011 [22], компания считается занимающей доминирующее положение на рынке, если она способна в одностороннем или согласованном порядке изменять рыночные условия, или, когда она владеет не менее 20 процентами рыночной доли на соответствующем рынке. Поэтому злоупотребление доминирующим положением необходимо выявлять и расследовать в каждом конкретном случае.

Рынок цифровых технологий часто характеризуется как многомерный или многосторонний рынок, поскольку цифровые платформы предполагают взаимодействие между двумя или более группами пользователей, а потребности каждой группы зависят от потребностей других. Это связано с тем, что цифровые платформы обычно работают как торговые площадки, где компании могут как предлагать свои продукты, так и поставлять продукты третьих сторон (например, Amazon продает свои собственные продукты и продукты третьих сторон; Google работает как инструмент поиска для потребителей, чтобы иметь доступ к конкурентам своей компании).

Рынок цифровых технологий, как правило, отличается высокой концентрацией и монополией (рынки, где победитель получает все). Как отмечает CADE в судебном разбирательстве 08700.004431/2017-16 (заявители: Itaú Unibanco S.A. и XP Investimentos S.A.), «тенденции к концентрации и входные барьеры, возникающие в результате сетевых эффектов, могут быть смягчены, если потребители смогут одновременно использовать конкурирующие платформы (множественная адресация)». Таким образом, платформа может воспользоваться своим доминирующим положением на рынке и использовать ряд инструментов для ограничения множественной адресации, таких как:

- принятие исключительных договорных положений;
- создание структуры цен непривлекательной для пользователей, использующих разные платформы (например, предложение скидок за количество или за лояльность);
- установление технологических стандартов, влияющих на затраты и/или предотвращающих множественную адресацию.

В Бразилии в последние годы увеличилось количество дел, связанных со злоупотреблением доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Так в рамках судебного разбирательства 08700.004201/2018-38 выяснялось, препятствует ли Bradesco, один из крупнейших бразильских розничных банков, развитию бразильского финтеха Guiabolso и, таким

образом, негативно влияет на бразильских клиентов банковских услуг в целом. Заявитель утверждал, что Bradesco умышленно препятствует своим клиентам делиться (по своему усмотрению) своей финансовой информацией с Guiabolso, подрывая эффективность услуг, предоставляемых заявителем. Дело было недавно приостановлено и будет прекращено после подписания соглашения о прекращении судебного разбирательства между CADE и Bradesco. Согласно условиям соглашения, ответчик обязуется разрешить своим клиентам беспрепятственно делиться своими финансовыми данными с GuiaBolso.

В рамках судебного разбирательства 08700.005694/2013-19, начатого в июне 2013 года после того, как корпорация Microsoft подала иск против Google Inc. и Google Brasil Internet Ltda. (далее совместно именуемые «Google»), CADE рассмотрел вопрос о том, злоупотреблял ли ответчик своим доминирующим положением в отношении своего инструмента поиска рекламы «AdWords». По данным Microsoft, Google не позволял рекламодателям передавать данные с платформы Google на поисковые платформы, спонсируемые конкурентами (например, Bing от Microsoft), и, следовательно, предотвращал множественный доступ и незаконно ограничивал конкуренцию, применяя недобросовестные положения в контрактах с рекламодателями.

Однако в сентябре 2019 года CADE закрыла дело, сделав вывод о недостаточности доказательств того, что Google фактически предотвратила конкуренцию, добавив указанные пункты в свои условия предоставления услуг (ToS). Стоит отметить, что CADE провела углубленную проверку контрактов, в которых было установлено, что положения и условия, предусмотренные в контрактах Google, касались положений, обычно применяемых в лицензионных договорах без доказательств того, что такие положения связаны с эксклюзивностью или запрещением множественной адресации. Также было установлено, что в некоторых пунктах контрактов имелось разумное коммерческое обоснование, указывающее на то, что

обязательство отозвать такие положения может препятствовать инновациям. Кроме того, CADE оценила последствия поведения на рынке, и, согласно решению, доказательства не показали значительных трудностей для рекламодателей в синхронизации рекламы на разных платформах.

Как указано в отчете «БРИКС в цифровой экономике: конкурентная политика на практике», «главная проблема в контексте цифровой экономики заключается в том, как вмешиваться в высокодинамичные рынки», поскольку, «с одной стороны, вмешательство может быть необходимо для защиты конкуренции и потребителей, а с другой стороны, это может препятствовать инновациям или иметь непреднамеренные исключаяющие эффекты» [106].

Рынок цифровых технологий чрезвычайно динамичен и имеет особенности, которые могут благоприятствовать случаям, связанным со злоупотреблением доминирующим положением. Опыт применения антимонопольного законодательства в Бразилии показывает, что характеристики рынка цифровых технологий создают ряд проблем в процессе анализа конкуренции, например, затрудняя определение соответствующих рынков. Более того, вопрос о том, когда и как власти должны вмешиваться в рыночные отношения решить нелегко, поскольку необходимо проявлять осторожность при поиске эффективных средств защиты, чтобы не препятствовать инновациям, которые, в свою очередь, наносят ущерб благосостоянию потребителей. Тем не менее, стоит заметить, что в Бразилии преобладает мнение, что такие вызовы не подразумевают необходимости внесения изменений в законодательство в данный момент или желательного отказа от действующих стандартов благосостояния потребителей.

Злоупотребление доминирующим положением на цифровых рынках является актуальной проблемой, с которой сталкивается не только Бразилия, но и все международное антимонопольное сообщество, поскольку количество жалоб в антимонопольные органы во всем мире растет, а

антимонопольные органы часто сталкиваются с аналогичными проблемами в пределах своих собственных юрисдикций. На самом деле вышеупомянутые дела с участием Microsoft/Google (2019 г.) во многом схожи с расследованиями, начатыми ФАС России.

В Китае Антимонопольный закон Китая (далее – АМЛ) защищает честную конкуренцию на рынке, а это означает, что все хозяйствующие субъекты (далее – бизнес-операторы) равны перед законом [108]. Интернет-сектор также регулируется АМЛ. В соответствии с определением доминирующего положения на рынке в АМЛ бизнес-оператор является доминирующим, если он может контролировать цену, количество или другие условия торговли продуктами на соответствующем рынке или препятствовать, или влиять на любого другого бизнес-оператора, который хочет выйти на рынок.

В Китае вторая по величине индустрия цифровых платформ в мире, которая уступает только США, с такими игроками, как Tencent, Alibaba и Meituan. Платформы играют важную роль в повседневной жизни китайцев, несмотря на то, что китайские платформенные компании не находятся на том же уровне, что и их американские коллеги, с точки зрения экономического масштаба, информационных технологий и, особенно, международного охвата.

Китайская система злоупотребления доминирующим положением столкнулась с теми же проблемами, что и европейская, при попытке расширить спектр своих действий на рынок цифровых технологий. Центральным элементом для определения рынка, был тест SSNIP (небольшое, но значительное невременное повышение цены), который плохо подходит для рынка цифровых технологий. Частое предложение услуг по нулевой цене в условиях многостороннего рынка еще больше затрудняет анализ последствий возможного повышения цен. Эта проблема в сочетании со сложностью оценки доминирующего положения оператора стала очевидной в деле Qihoo 360 против Tencent, в котором были высказаны

опасения по поводу того, как определить релевантный рынок на онлайн-рынках в случаях злоупотребления доминирующим положением. Tencent предложила очень популярную социальную сеть в Интернете (QQ), флагманской функцией которой было программное обеспечение для обмена мгновенными сообщениями, предоставляющее несколько дополнительных услуг, включая программное обеспечение для обеспечения безопасности. Qihoo, с другой стороны, предложила антивирусное программное обеспечение и программу-браузер (360) и, проанализировав программное обеспечение QQ, сообщила своим пользователям, что QQ автоматически сканирует компьютеры своих пользователей и загружает личную информацию этих пользователей без их согласия. Это привело к коммерческой битве между двумя компаниями, использующими политику «выбрать одно из двух» или «или-или». Другими словами, они подталкивали продавцов и пользователей к работе только на своих платформах и отговаривали их от одновременной работы на других платформах.

Дело Qihoo 360 против Tencent доказало, что подходы правового регулирования должны измениться в Китае, чтобы гарантировать реальную защиту конкуренции на рынке цифровых технологий, и что механизмы в рамках AML нуждаются в пересмотре для борьбы со злоупотреблениями, совершаемыми доминирующими бизнес-операторами.

Главной новацией стали Антимонопольные руководящие принципы цифровой экономики (2021 г.) [21], которые позволяют органам по вопросам конкуренции не определять должным образом соответствующий рынок, а прямо определить, что бизнес-оператор в сфере платформенной экономики осуществил монополистическое поведение в исключительных случаях, когда в совокупности присутствуют несколько обстоятельств, а именно:

- достаточно прямых фактических доказательств;
- действие, которое может быть осуществлено только опираясь на доминирующее положение на рынке, длилось в течение значительного периода времени;

- разрушительный эффект очевиден;
- недостаточно или сложно точно определить соответствующие рыночные условия.

В ключевом Законе о конкуренции Республики Индия [20] дается следующее определение. Доминирующее положение – это способность субъекта заключать соглашения на товарном рынке без учета конкурентов, использовать свою рыночную мощь в качестве инструмента борьбы с конкурентами, в следствие чего получать исключительную выгоду.

В индийском законодательстве выделяется два ключевых вида злоупотреблений доминирующим положением:

- злоупотребления, которые исключают конкурентов с рынка путем блокировки возможности входа на рынок новым участникам, а также злоупотребления, которые относятся к отказу в заключении соглашений;
- эксплуататорские злоупотребления, связанные с навязыванием несправедливых условий покупки или продажи, или ограничением товаров или услуг.

Перечень необходимых правил для выявления злоупотреблений доминирующим положением в Индии находится в разделе 19 (4) Закона о конкуренции Индии [107]. Этим правилам обязана следовать Комиссия по конкуренции Индии (далее – Комиссия). К этим правилам относятся:

- капитализация предприятия и размер доли на рынке;
- количество и значимость конкурентов;
- влияние на потребителей;
- используемые входные барьеры;
- особенности товарного и географического рынка;
- общественная ответственность.

Видится, что в Индии доля предприятия на рынке не является ключевым критерием определения доминирующего положения, а чтобы определить доминирующее положение предприятия, необходимо использовать все правила в совокупности. В деле *Mr. RamakantKini v*

Dr LH Hiranandani Hospital, Powai, Mumbai также подтверждается, что для определения доминирующего положения нужно использовать сразу несколько правил. Эта точка зрения была подтверждена в деле *Mr. RamakantKini v Dr LH Hiranandani Hospital, Powai, Mumbai*. В данном деле Комиссия устанавливала, является ли больница Хиранандани, субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке высокотехнологичных услуг беременным женщинам [107].

Комиссия признала положительной практику многостороннего рассмотрения дел в области определения наличия доминирующего положения и стала ее использовать в последующих делах. Например, в таком деле, как *In Re M/s ESYS Information Technologies Pvt Ltd v Intel Corporation (Intel Inc) & Ors*. Комиссия разносторонне оценила различные параметры Intel, начиная от рассмотрения занимаемой доли на рынке, изучив склонности покупателей Intel, характер занимаемого рынка, вплоть до интеллектуальной собственности [107].

В еще одном деле Комиссия установила, что доминирующее положение достигается через способность осуществлять свои действия, не обращая внимания на конкурентов, что было рассмотрено в деле *Панкадж-Кумар* [107].

Видится, что в индийском законодательстве доктрина злоупотребления доминирующим положением лишена субъективного отношения, поскольку ключевую роль играет поведение доминанта. Наличие доминанта влечет уменьшение конкуренции на рынке, так как в большинстве случаев доминант использует незаконные методы в различных сделках. Такое обстоятельство, очевидно, не помогает поддерживать достаточный уровень конкуренции. Тем не менее, в Индии быть доминантом не запрещено. В ходе анализа индийского законодательства видится, что текущих правил не хватает для обеспечения конкуренции на рынке цифровых технологий ввиду специфики этого рынка. Признание за доминантом нарушений занимает длительный период времени, и пока идет дело, в большинстве случаев рынку причинен

огромный вред. Крайне сложно обезопасить рынок цифровых технологий только действующими правилами от различных поломок и перебоев. В связи с этим, представляется важным предусмотреть в антимонопольном законодательстве определенные варианты превентивного контроля. Опыт Индии является значимым в попытках законодательного регулирования рынка цифровых технологий, основанный на разноплановых и многосторонних подходах, которые заключаются, прежде всего, в наличии различных селективных платформ распределения, суть которых заключается в непрерывном удалении нелегализованных продуктов, а также блокировки продавцов, осуществляющих продажу без специальных разрешений.

Однако главным вопросом, который обсуждается юристами во всем мире, это вопрос совместимости и переносимости данных. В большинстве стран мира, в отличие от России, совместимость и переносимость данных имеют законодательную проработку. Юридической вехой в признании совместимости как средства борьбы с антиконкурентной практикой участников рынка цифровых технологий в рамках традиционного европейского закона о конкуренции стало дело Microsoft против Комиссии (Т-201/04) 2007 года [61]. В частности, Европейская комиссия подала в суд на Microsoft за злоупотребление доминирующим положением в соответствии со статьей 102 ДФЕС на том основании, что Microsoft отказалась делиться информацией о своих интерфейсах с другими разработчиками программного обеспечения, что не позволило другим участникам рынка взаимодействовать с Windows. Более того, Microsoft осуществляла антиконкурентную практику связывания и организовывала продажу операционной системы Windows только со своим проигрывателем Windows Media, не позволяя конкурентам предлагать дополнительные услуги. В конечном итоге было установлено, что отказ конкурентам в совместимости может быть равнозначен злоупотреблению доминирующим положением в соответствии со статьей 102 ДФЕС.

Совместимость и переносимость данных – это общие термины, которые охватывают широкий спектр функций и опций доступных пользователям (физическим лицам или предприятиям). В настоящем исследовании под мерами по совместимости или переносимости данных подразумеваются меры, введенные в контексте обеспечения, соблюдения или регулирования конкуренции в более широком смысле, а не добровольные инициативы по переносимости или совместимости, реализуемые предприятиями.

Совместимость можно определить, как способность двух или более систем, или приложений обмениваться информацией и взаимно использовать информацию, которой был произведен обмен. По сути, совместимость – это способность передавать и отображать полезные данные и другую информацию между системами, приложениями или компонентами. Важно отметить, что совместимость учитывает различные уровни систем, которые она затрагивает. Выделяют два вида совместимости:

- вертикальная совместимость;
- горизонтальная совместимость.

Концепция вертикальной совместимости заключается в том, чтобы основная платформа дополнялась службами-конкурентами, без которых основная платформа не может нормально функционировать. Характерным примером являются различные операционные системы, в которых существует совместимость с конкурирующими почтовыми сервисами.

Концепция горизонтальной совместимости заключается в том, что здесь нет основной платформы, а сами службы-конкуренты совмещаются между собой. Характерным примером являются конкурирующие почтовые сервисы. То есть, пользователь использующий почтовый сервис Yandex.ru может отправить письмо на почтовый сервис Mail.ru, и пользователь Mail.ru его получит.

Свойство совместимости особенно актуально в сфере телекоммуникаций, так как имеет важное значение в этой сфере.

Действительно, основная причина по которой кто-либо в мире, использующий старые телефонные сети общего пользования, может общаться с кем-либо еще – это совместимость. На практике для достижения совместимости необходимы общие стандарты. Стандарты – это инструменты регулирования, которые делают возможным проектирование совместимых систем. Для различных секторов существует множество стандартных органов, и они могут иметь государственный или частный характер.

Благодаря горизонтальной совместимости пользователи платформы могут взаимодействовать с базой пользователей любой другой платформы, предоставляющей совместимые продукты или услуги. Например, пользователь конкретного приложения для обмена сообщениями может отправлять сообщения пользователям любого другого приложения [114]. Таким образом, конкуренция на рынке может возникнуть между поставщиками совместимых продуктов и услуг, несмотря на сетевые эффекты. Если отсутствует горизонтальная совместимость сетевые эффекты зависят от конкретной платформы и являются собственностью компании. Таким образом, у компаний есть сильные стимулы расширять свою собственную сеть, чтобы предлагать более крупные сетевые преимущества, чем их конкуренты. В конечном итоге рынок может склониться в пользу одной компании. Напротив, при горизонтальной совместимости сетевые эффекты объединяются в масштабах всего рынка. Поэтому компании начнут предлагать пользователям интересующие их сервисы, например, улучшать безопасность или качество предоставляемых услуг.

Что касается вертикальной совместимости, то такая совместимость может ограничить возможности доминирующих компаний по реализации антиконкурентной стратегии связывания. Это происходит с помощью технической интеграции продуктов и их совместной продажи, но так как отсутствует совместимость, потребителю приходится покупать связанный продукт доминирующей компании. Также вертикальная совместимость снижает возможности платформы по «самопредпочтению» и позволяет

потребителям составить выгодную комбинацию различных поставщиков вспомогательных продуктов и услуг.

Кроме того, необходимо обратить внимание на термин переносимость данных. Переносимость данных – это вспомогательное средство, с помощью которого не изменяя содержание данных появляется возможность передачи таких данных другим пользователям. Данные можно классифицировать по множеству параметров. Модель классификации может зависеть от чувствительности объекта, цели использования, контекста обработки, степени идентифицируемости или метода сбора данных. Общепринятой считается модель категоризации данных ОЭСР представленная в 2014 году. Согласно этой модели данные подразделяются на необработанные данные (предоставленные и наблюдаемые данные) и сгенерированные данные (полученные и предполагаемые данные).

Необработанные данные (данные, генерируемые пользователями) включают предоставленные и наблюдаемые данные. Предоставленные данные – это данные, полученные в результате прямых действий отдельных лиц (например, заполнение регистрационной формы, покупка продуктов с помощью кредитной карты, публикация в социальных сетях и т. д.). Наблюдаемые данные – это данные, записанные контроллером данных (например, данные из онлайн-файлов cookie, данные геолокации или данные, собранные датчиками).

Сгенерированные данные (данные, сгенерированные контроллером данных) состоят из производных и предполагаемых данных. Производные данные – это данные, сгенерированные из других данных, созданные «механическим» способом с использованием простых не вероятностных рассуждений и базовой математики для распознавания закономерностей и создания классификации (например, прибыльность клиентов как соотношение посещений и покупок, общие атрибуты среди прибыльных клиентов). Предполагаемые данные – это данные, полученные из других данных либо с помощью вероятностных статистических моделей для

проверки причинно-следственных объяснений («причинные выводы»), либо с помощью моделей машинного обучения для прогнозирования выходных значений для новых наблюдений с учетом их входных значений («прогностические выводы»).

Представляется, что переносимость данных позволит устранить трудности, связанные с тем, что другие лица не всегда имеют возможность использовать данные. Очевидно, что использование переносимости данных снизит издержки пользователей и повысит конкуренцию. Также переносимость данных увеличивает инвестиции в новые технологии, так как устраняются препятствия, связанные со сбором и хранением данных.

Переносимость данных очень важна для повышения качества оказываемых цифровых услуг. Так, компания Google организует отношения с пользователями таким образом, что сами пользователи создают учетные записи непосредственно в компании и соглашаются с политикой конфиденциальности и условиями обслуживания, что ограничивает их возможности и конкуренцию на рынке. Переносимость данных – это право, ориентированное на пользователя, при котором пользователь может потребовать, чтобы его данные были перенесены с одного предприятия на другое. Очевидно, что это поддерживает права субъекта данных на контроль над своими личными данными. Переносимость данных может улучшить свободный поток данных и конкуренцию на рынке. Например, на платформах, предоставляющих социальные сети, возможность клиентов переносить свои фотографии, видео и комментарии на другую платформу избавляет конечных пользователей от необходимости «начинать заново» на другой платформе. Видится, что эффективная переносимость данных необходима для улучшения переключения с сетей, подобных тем, которые предлагает Telegram, V Kontakte. На сегодняшний момент с уверенностью можно утверждать, что переносимость данных, которую предоставляют компании-доминанты на рынке цифровых технологий недостаточна. Представляется, что компании-доминанты обязаны обеспечивать

эффективную переносимость данных по запросу профессионального или конечного пользователя платформы. Регулирующий орган может проверять переносимость данных, предлагаемую организациями, чтобы гарантировать ее эффективность, вне зависимости от того, введено ли оно в жестко или слабо регулируемом пуле организаций.

Переносимость данных также облегчает переключение для профессиональных пользователей: возможность переносить свои отзывы с одной платформы на другую, передавать истории транзакций или другие матрицы, используемые для торговли, может значительно снизить альтернативные издержки, связанные с переключением поставщиков и параллельным использованием нескольких цифровых платформ пользователями.

Расширение возможностей для параллельного использования нескольких цифровых платформ не только стимулирует конкуренцию, но и снижает способность доминирующих операторов цифровых платформ злоупотреблять своим положением, по крайней мере, до тех пор, пока появляются альтернативные платформы.

Обязанность по переносимости данных может помочь участникам получить доступ к клиентской базе. Право на переносимость данных может снизить затраты на переход для конечных пользователей и профессиональных клиентов. Представляется, что переносимость данных теоретически может снизить издержки переключения, с которыми сталкиваются потребители, например, если им придется воспроизводить всю информацию, вводимую в платформу цифрового контента, каждый раз, когда они меняют поставщика. Очевидно, постепенная реализация целей политики в области конкуренции могла бы помочь в создании эффективного режима законодательства о конкуренции в России.

Подводя итог параграфа и обобщая опыт иностранных государств, обосновано, что для противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий необходимо использовать такие

способы как совместимость и переносимость данных. Данные способы увеличат конкуренцию за счет снижения барьеров входа для конкурентов и уменьшения затрат для потребителей. Данные способы обеспечивают возможность множественного доступа, поскольку пользователи были бы менее привязаны к конкретной платформе, если бы они могли перемещать свои данные между несколькими поставщиками. Обосновано, что совместимость и переносимость данных могут привести к активизации конкуренции, когда заинтересованным и уполномоченным потребителям будет предложен широкий спектр отдельных продуктов и услуг.

3.2 Правовое регулирование определения конкурентного положения коммерческих организаций на рынке цифровых технологий

Исходя из Федерального закона «О защите конкуренции» под конкурентным положением понимается такое положение, которое делает возможным соперничество, при котором самостоятельными действиями хозяйствующих субъектов исключается или ограничивается возможность хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке влиять на общие условия обращения товаров на соответствующем рынке (п. 7 ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции»).

Для более подробного понимания конкурентного положения необходимо исходить из таких теоретических положений как чистая и совершенная конкуренция. Чистая конкуренция существует на рынке, где имеется большое количество покупателей и продавцов, товары однородны и существует свобода входа и выхода покупателей и продавцов. Смысл этих условий в целом состоит в том, что ни один отдельный продавец не в состоянии влиять на цену на рынке. В совершенной конкуренции присутствуют все признаки чистой конкуренции. Помимо этого, совершенная конкуренция имеет и другие особенности. К ним относятся совершенное знание покупателями и продавцами рыночных условий,

совершенная мобильность факторов производства, отсутствие транспортных расходов и единая цена.

На рынке цифровых технологий можно выделить несколько методов конкурентной борьбы, которые компании могут использовать для получения преимущества перед конкурентами. Данные методы, стоит разделить на две группы: ценовые методы и неценовые методы.

Ценовые методы включают в себя:

- метод ценовой конкуренции;
- метод скидок и акций.

Ценовая конкуренция – это метод, при котором товары или услуги предлагаются по более низкой цене, чем у конкурентов. Метод скидок и акций может включать предложение купонов, бесплатных пробных версий или предложений с ограниченным сроком действия.

К неценовым методам относятся:

- дифференциация товара;
- метод маркетинга;
- метод инноваций.

Под дифференциацией товара понимается такой метод, когда хозяйствующие субъекты могут дифференцировать свои товары или услуги от товаров и услуг своих конкурентов, предлагая уникальные функции. Метод маркетинга подразумевает создание сильного бренда и маркетинговой стратегии хозяйствующего субъекта для того, чтобы создать уникальную идентичность и привлечь клиентов. Метод инноваций заключается в инвестировании хозяйствующими субъектами в исследования и разработку новых товаров, что дает им возможность улучшить свои конкурентные позиции на рынке.

В целом на рынке цифровых технологий могут использовать сочетание ценовых и неценовых методов для получения конкурентного преимущества и привлечения клиентов. Отдельно стоит отметить, что если такие методы конкурентной борьбы будут противоречить требованиям разумности,

добросовестности, обычаям делового оборота, то такое поведение расценивается как недобросовестная конкуренция.

Т.Ю. Зарипова [94] указывает, что в Федеральном законе «О защите конкуренции» отсутствуют четкие и понятные критерии дифференциации обоснованных действий от необоснованных применительно к понятию недобросовестной конкуренции. Применительно к данному вопросу стоит привести мнение В.В. Витрянского [101], который писал о том, что такие критерии невозможно определить ни в доктрине, ни в нормативных правовых актах, из чего можно сделать вывод, что такие требования как разумность, добросовестность и другие очень трудно квалифицировать при нарушениях антимонопольного законодательства. Д.А. Петров [123], применительно к данному вопросу утверждает, что необходимо ставить знак равенства между терминами «добросовестность» и «добропорядочность». В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 года № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» добропорядочность подразумевает использование общепринятых норм поведения каждой из сторон в частноправовой сфере [32].

Также необходимо выделить показатели, которые являются квалифицирующими для определения конкурентной среды. К ним относятся продуктовые границы рынка цифровых технологий:

- предварительное определение продукта на рынке цифровых технологий;
- обнаружение значимых характеристик продукта, влияющих на принятие решения покупателем на рынке цифровых технологий;
- определение взаимозаменяемых продуктов.

Так, в ходе дела № 1-14-21/00-11-15 от 18.09.2015 [44] в процессе изучения рынка онлайн магазинов приложений для портативных устройств с использованием Android было установлено, что характерным свойством товара, определяющим его работоспособность и функциональность, является

язык интерфейса, в следствие чего претворено в жизнь заключение о национальном характере границ данного рынка. Данное дело продемонстрировало неизбежность изучения функционирования рынков информационно-коммуникационных технологий. Например, из дела становится понятно, что прикладное программное обеспечение не работает без операционной системы. Это важно для определения географических границ рынка прикладного программного обеспечения, где также нужно учитывать аппаратное обеспечение. В противном случае это несет риски монополизации различных рынков, в том числе рынка цифровых технологий. Для недопущения этого необходимо сформулировать критерии определения доминирующего положения на рынке цифровых технологий:

- владение инфраструктурой, которая применяется при оформлении соглашений между покупателем и продавцом;
- правовая регламентация сетевых эффектов;
- использование на рынке взаимозаменяемых услуг определенного процента доли (более 35 процентов).

В силу того, что доминанты рынка цифровых технологий, устанавливая серьезные препятствия доступа к рынку цифровых технологий, необходимо проводить анализ экономики на масштабе, то есть присутствия определенного количества пользователей за строго конкретный временной промежуток на той или иной цифровой платформе. Представляется, что приказ № 220 необходимо дополнить такими показателями:

- количество пользователей на цифровой платформе;
- количество аккаунтов на цифровой платформе.

Отдельно необходимо выделить, что на конкурентное положение влияют такие возможности цифровых платформ как хранение и обработка больших данных с целью их последующего использования для получения конкурентных преимуществ. Видится, что задействование больших данных цифровыми платформами коррелирует с нарушениями при их

использовании, что требует от органов по вопросам конкуренции разработки четких способов для предотвращения и обнаружения таких нарушений. В настоящее время функционирование цифровых платформ происходит без должной законодательной проработки. Это создает значительные трудности в детальном рассмотрении и оценки правомерности действий доминантов.

Определение конкурентного положения тесно связано с алгоритмом ценообразования. Алгоритм ценообразования представляет собой последовательность правил, использующих различные входные данные для установления динамических цен на товары. Алгоритмы ценообразования, основанные на компьютерных программах, все более распространены среди онлайн-продавцов. В настоящее время алгоритмы ценообразования широко используются в сфере бронирования отелей, путешествий, розничной торговли, спорта и развлечений. Представляется, что использование алгоритмов ценообразования может при определенных обстоятельствах привести к установлению сверхконкурентных цен за счет тонкого смягчения конкуренции, повысить распространенность и устойчивость негласного сговора или использоваться для более эффективной формализации, выполнения и маскировки явных договоренностей по сговору. Стоит выделить, что возможные последствия использования алгоритмов доминантами для реализации единоличного поведения и злоупотребления доминирующим положением в значительной степени упускаются из виду.

Очевидно, что способность ориентироваться на разрозненные группы потребителей по разным ценам помогает доминанту минимизировать потери, которые он несет во время использования алгоритма в незаконных целях, и максимизировать свою способность возмещать свои потери.

На сегодняшний день главным достижением в области искусственного интеллекта (далее – ИИ) является так называемая «базовая модель». Самым важным достижением такой модели является возможность проводить самоконтролируемое обучение, что приводит к обработке 540 миллиардов параметров. Точная сегментация клиентов значительно улучшит способность

доминирующего субъекта осуществлять антиконкурентное поведение. Видится, что за счет использования алгоритмов и больших данных, доминирующий субъект будет злоупотреблять своим положением все больше и больше.

Пример, иллюстрирующий потенциал использования алгоритмов для целенаправленных усилий по исключению конкурентов с рынка, можно найти в случае с программой компании Uber под названием «Hell». «Hell» – это программа, которую компания Uber запускала для выявления водителей, которые также работали у конкурентов. Программа состояла из трех компонентов: 1) сбор и объединение данных; 2) выявление водителей, которые также работали у конкурентов; 3) целевые стимулы для этих водителей. Первоначально собиралась информация о наличии на территории водителей, предложивших свои услуги через конкурента. Стоит отметить, что такой сбор данных в большинстве случаев является незаконным. Затем эти данные были объединены с данными водителей, которые предлагали свои услуги через Uber в том же регионе и в тот же период времени. Сочетание этих двух наборов данных, собранных за более длительный период, позволило Uber использовать алгоритм для выявления тех водителей, которые также предлагали свои услуги конкурентам. Чтобы побудить водителей работать исключительно на Uber, им с помощью алгоритмов стали предлагать больше заказов на перевозку пассажиров и выплачивать специальные бонусы, если они выполнят определенное количество поездок в неделю. Водители, которые работали на Uber и на конкурентов не знали о том, что о них собирают данные.

Изучение программы Uber «Hell» является важным для целей диссертационного исследования. Водителям предоставлялись скидки и бонусы, но как уже было написано выше, только тем, кто работал на конкурентов. Представляется очевидным, что главная идея этой программы – это исключить конкурентов с рынка. Думается у конкурентов Uber было не так много возможностей противостоять этому, а даже те возможности,

которые и существовали, увеличивали затраты в несколько раз. Если позволять доминирующему субъекту нацеливать свое снижение цен или предоставлять скидки определенным потребителям, то в таком случае доминирующий субъект резко снизит издержки антиконкурентного поведения и фундаментально изменит анализ затрат и выгод. Таким образом, правовое регулирование алгоритмов требует нового осмысления существующих правовых критериев такой практики.

Содержание или характер конкретного алгоритма ценообразования может повлиять на стоимость сделки или цену покупки, если он тесно связан с широкой стратегией хозяйствующего субъекта. Бесспорно, раскрытие алгоритма ценообразования может быть сочтено необходимым для участников сделки, чтобы оценить ее влияние на конкуренцию. В частности, стороны могут проанализировать, используют ли они аналогичный алгоритм ценообразования или имеют алгоритмы ценообразования, которые ссылаются на общие данные (в частности, на цены друг друга), чтобы прокомментировать тесную конкуренцию между сторонами сделки.

Алгоритмы ценообразования могут еще больше повысить привлекательность явного сговора, устраняя потребность в доверии. Сговор с большей вероятностью будет успешным, если участники хорошо знают друг друга (например, благодаря социальным связям, торговым ассоциациям, законным деловым контактам или общему трудовому стажу) и, таким образом, доверяют друг другу в соблюдении скоординированного равновесия. Поскольку алгоритм ценообразования может независимо, быстро и надежно проверять цены участников, то потребность в установлении доверия снижается, поскольку субъекты могут просто полагаться на алгоритмы для контроля за соблюдением условий координации. Алгоритмы ценообразования могут свести к минимуму влияние определенных человеческих предубеждений и эмоций, которые в противном случае удержали бы субъектов от участия в противоправной деятельности.

Существенным является аргумент, что алгоритмы ценообразования могут повлиять на способность органов по вопросам конкуренции определять, демонстрирует ли рынок молчаливую координацию перед слиянием по двум причинам: во-первых, алгоритмы ценообразования могут скрывать все изменения ценообразования на рынке, что затрудняет обнаружение дисциплинарных циклов; и, во-вторых, возможность широкого распространения сторонних алгоритмов на рынке может открыть новую форму скрытого риска координации.

Так, скорость алгоритмов может затруднить обнаружение дисциплинирующих циклов. Если все участники на рынке устанавливают цены алгоритмически, то согласование цен может произойти мгновенно. На практике такая скорость изменения цен может означать, что ни потребители, ни антимонопольные органы не знают о попытках снизить цены, тем самым скрывая потенциальный признак негласной координации. Точно так же более быстрые изменения цен могут затруднить выявление случаев подачи ценовых сигналов, особенно если они предпринимаются в периоды низкого спроса, поскольку призыв к повышению цен может длиться миллисекунды.

Алгоритмы ценообразования могут также усугубить существующие трудности, с которыми сталкиваются антимонопольные органы, пытаясь выявить неявную координацию. При отсутствии алгоритмов ценообразования координация изменений цен может повлечь за собой значительные затраты на информацию и координацию для участников рынка из-за неопределенности в отношении того, какой может быть реакция их конкурентов на изменения рыночных условий, что приведет к созданию более «жестких» цен, которые в меньшей степени реагируют на изменения в стоимости или спросе. Алгоритмы ценообразования могут помочь устранить неопределенности в отношении структуры затрат конкурентов, производственных мощностей или других ключевых переменных путем непосредственного наблюдения и анализа кода других алгоритмов или путем анализа поведения конкурентов для косвенного изучения их параметров

принятия решений. Таким образом, алгоритмы могут позволить хозяйствующим субъектам лучше предсказать, какой будет ценовая реакция их конкурентов на изменение рыночных условий, что, в свою очередь, позволит быстрее рассчитать новое согласованное равновесие.

Для большего понимания вопроса необходимо знать, могут ли хозяйствующие субъекты раскрывать информацию о том, что они устанавливают цены на основе алгоритмов, не рискуя участвовать в согласованных действиях. Существуют свидетельства того, что для координации своего поведения им просто требуется знание стратегий друг друга, а не функций выигрыша друг друга [126]. Исходя из этого, субъекты могут опасаться, что информирование потенциального конкурента о том, что они используют алгоритм ценообразования, может означать подтверждение аспектов их ценовой стратегии.

Раскрытие информации о существовании (но не о содержании) алгоритма ценообразования маловероятно отрицательно скажется на конкуренции. Хозяйствующим субъектам, которые не устанавливают цены алгоритмически, трудно осмысленно конкурировать с субъектами, которые это делают. Следовательно, если субъект устанавливает цены алгоритмически, он может с уверенностью предположить, что его конкуренты делают то же самое. Таким образом, раскрытие информации о существовании алгоритма ценообразования конкуренту (в целях должной осмотрительности) может не дать принимающей стороне значительно больше знаний, чем она уже наблюдала или сделала вывод из независимого наблюдения за рынком, сводя к минимуму антиконкурентный эффект такого раскрытия информации.

Критический вопрос заключается в том, может ли быть раскрыто содержание алгоритмов конкурентов без риска участия в согласованных действиях. Онлайн-рынки часто очень прозрачны, а это означает, что хозяйствующим субъектам, как правило, несложно наблюдать за ценами своих конкурентов.

Одно из основных затруднений, связанных с алгоритмами ценообразования доминирующими субъектами, заключается в том, что доминирующим субъектам не нужно создавать внутреннюю документацию или электронную почту для сообщений, подтверждающих антиконкурентные планы. Компании, рассматривающие сделки, которые могут подлежать контролю за слияниями, скорее всего, позаботятся о том, чтобы не создавать документы, которые могут привлечь внимание регулирующего органа. Это может быть в случае, когда решение о внедрении алгоритмического ценообразования было результатом стратегии сговора. Необходимо отметить тот факт, что приведенные выше аргументы могут и занижать вероятные конкурентные последствия раскрытия хозяйствующими субъектами своих алгоритмов ценообразования по трем причинам:

во-первых, маловероятно, что субъекты могут легко или быстро сделать вывод о точном содержании алгоритмов своих конкурентов;

во-вторых, раскрытие алгоритма ценообразования могло бы снизить неопределенность в отношении конкуренции за счет разъяснения стратегии ценообразования хозяйствующего субъекта, раскрывающего информацию;

в-третьих, раскрытие алгоритма ценообразования может привести к непреднамеренному выявлению другой конфиденциальной информации, касающейся конкуренции.

Даже если хозяйствующие субъекты знают, что в их отрасли преобладает алгоритмическое ценообразование, маловероятно, что в большинстве случаев они смогут сделать выводы о содержании алгоритмов своих конкурентов за короткий период времени или без каких-либо затруднений. Если рассматриваемый алгоритм или набор данных особенно сложен, то вывод на основании его содержания, вероятно, потребует многих действий. Таким образом, вероятность того, что хозяйствующий субъект сможет вывести алгоритм конкурента уменьшается по мере увеличения сложности алгоритма и/или набора входных данных. Кроме того, раскрытие алгоритма ценообразования, подтверждающего будущую стратегию

ценообразования хозяйствующего субъекта, может уменьшить неопределенность конкуренции на соответствующем рынке.

Раскрытие алгоритма ценообразования может привести к непреднамеренному выявлению другой информации, конфиденциальной для конкуренции. Раскрытие конфиденциальной коммерческой информации, такой как цены, скидки, производственные затраты, объем продаж, оборот или мощность, может быть антиконкурентным. Если раскрытие алгоритма ценообразования обнаруживает этот тип информации, то такое действие может быть квалифицировано как антиконкурентное. Однако раскрытие алгоритма ценообразования может быть антиконкурентным, даже если алгоритм показывает только общедоступную или легкодоступную информацию (например, посредством интеллектуального анализа данных).

Видится, что большая часть опасений по поводу алгоритмической координации основана на теории и предположениях. Однако скорость технологического развития набирает обороты. В таком случае органы по вопросам защиты конкуренции могут внезапно оказаться в ситуации, когда алгоритмическая координация представляет собой известный риск, но инструментов или опыта для борьбы с ней не подготовлено.

Представляется, что решением, предотвращающим нарушения конкурентного законодательства, станет ограничение функций мониторинга алгоритма. Данное решение ограничит способность компаний нацеливать снижение цен или применения скидок к определенным группам потребителей. Для реализации данного решения доминирующие компании должны взять на себя обязательство не получать информацию о ценах своих конкурентов с помощью сбора данных или использования ботов.

Также необходимо позволить антимонопольному органу разрешить компаниям, просматривать последние цены своих конкурентов, и запретить доминирующим компаниям включать эту информацию в алгоритм ценообразования. Помимо этого, любые изменения цен нужно будет вводить

вручную, устраняя необоснованные возможности выгоды от использования алгоритма.

Установлено, что алгоритм ценообразования является способом навязывания невыгодных условий договора доминирующими хозяйствующими субъектами. Предлагается обязать доминирующих хозяйствующих субъектов по требованию антимонопольного органа предоставлять алгоритм ценообразования с точным описанием основных характеристик для проверки соответствия требованиям антимонопольного законодательства.

Заключение

Данная работа посвящена исследованию правового регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Поставлена цель диссертационного исследования по разработке теоретических положений и практических рекомендаций, направленных на совершенствование правового регулирования противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Наиболее значимые из них представлены в виде положений, вынесенных на защиту.

Выделены и проанализированы ключевые признаки бесконтрольного доминирования цифровых платформ, связанные с определением рынка цифровых технологий:

- услуги с нулевой ценой;
- многосторонние платформы и экосистемы.

Услуги с нулевой ценой – это услуги, на которые хозяйствующие субъекты устанавливают цену в нулевом денежном выражении. Многие цифровые услуги предлагаются «бесплатно», то есть в обмен на данные и внимание пользователя. С учетом того, что для большинства организаций основной целью является извлечение прибыли, сомнительно, что при оказании услуг с нулевой ценой, это возможно сделать. Делается вывод о том, что данные, в том числе персональные, являются «платой за вход» на платформу. Представляется, что получение цифровыми платформами огромных объемов информации позволяет им находить новые возможности для увеличения и поддержания своей доли на рынке, что ведет к невозможности конкурировать с такими платформами, а также к огромным рискам, что эти платформы будут злоупотреблять своим доминирующим положением. Отмечено, что многосторонние платформы характеризуются соприкосновением большого количества групп клиентов. Сделан вывод о том, что если на рынке существуют услуги с нулевой ценой и

многосторонние платформы и экосистемы, то к таким рынкам можно применить термин «рынок цифровых технологий».

Конкретизирован перечень критериев, которые являются определяющими к использованию таких терминов как «рынок цифровых технологий» и «цифровая платформа»:

- количество контрагентов цифровой платформы с различных сторон;
- динамика изменения числа контрагентов цифровой платформы;
- количество посещений платформы различными группами пользователей;
- количество сделок, совершаемых на платформе в течение периода;
- наборы данных пользователя, которые запрашивает платформа при оказании услуг;
- предоставление услуг, связанных с результатами анализа данных;
- владение эксклюзивной инфраструктурой или технологиями;
- основной источник дохода платформы.

Делается вывод о том, что для ряда цифровых технологий гораздо более распространены недобросовестные практики и слабая конкурентоспособность. Отмечается, что такими цифровыми технологиями являются:

- сервисы онлайн-посредничества;
- операционные системы;
- веб-браузеры;
- онлайн-поисковые системы;
- сервисы обмена видео.

Выявлено, что в антимонопольном законодательстве нет четкого определения конкурентоспособности. Представляется, что под конкурентоспособностью следует понимать способность предприятий эффективно преодолевать барьеры входа на рынок, и возможности конкурировать с крупными доминирующими хозяйствующими субъектами посредством качества своих продуктов и услуг.

Исследование позволило обратить внимание на то, что рынок цифровых технологий ориентирован на данные, что приводит к злоупотреблению конфиденциальности. Выявлено, что это связано с чрезмерным сбором пользовательских данных, которые цифровые платформы требуют в обмен на цифровые услуги. Обосновано, что цифровые платформы выигрывают от структурных барьеров, которые затрудняют выход новых игроков на рынок или конкуренцию. В этих условиях крупные платформы удерживают доминирующее положение и укрепляют его на рынке цифровых технологий.

Предлагается и обосновывается правовая дефиниция рынка цифровых технологий. Определено, что в целях развития доктрины предпринимательского права рынок цифровых технологий представляет собой комплекс правоотношений, характеризующийся многосторонностью субъектов (клиенты, потребители, покупатели, продавцы и рекламодатели), наличием цифровых платформ с помощью которых обеспечивается прямое взаимодействие (общение, получение информации, совершение покупок, предоставление услуг, распоряжение и защита прав интеллектуальной собственности), сетевыми эффектами, наличием больших данных, использованием услуг с нулевой ценой, осуществлением транзакций между несколькими группами сторонних пользователей, возможностью совершения гражданско-правовых сделок.

Отмечено, что цифровые платформы с помощью сетевых эффектов на долгое время будут удерживать свое доминирующее положение, что влечет огромные риски злоупотребления таким положением. Установлена целесообразность оценки сетевых эффектов как факторов злоупотребления доминирующим положением хозяйствующим субъектом на рынке цифровых технологий. Разработаны следующие критерии оценки сетевых эффектов: размер и охват сети; вовлечение пользователей; влияние экосистемы; затраты на переход; блокировка функций.

Обосновывается, что большинство запретов ст. 10 Федерального закона

«О защите конкуренции» частноправовые, и только единичные можно отнести к защите рынка самого по себе. В ходе исследования было выявлено, что злоупотребления доминирующим положением очень часто возникают во время выполнения или заключения гражданско-правовых договоров. В работе проводится анализ способов, форм и видов злоупотребления доминирующим положением.

К способам злоупотребления доминирующим положением предложено отнести:

- прямое или косвенное навязывание неверных закупочных или продажных цен и других неприемлемых обязательств;
- сдерживание технического, рыночного развития, отрицательно влияющее на потребителя.

Формы злоупотребления доминирующим положением, понимаются как:

- недопущение, ограничение, устранение конкуренции на товарном рынке;
- причинение вреда иным участникам рынка (конкурентам, хозяйствующим субъектам-потребителям, гражданам-потребителям как отдельной категории участников рынка).

Делается вывод о том, что в основе запрета на злоупотребление доминирующим положением лежит уменьшение возможности исполнения гражданских прав для хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение.

Сформулировано определение понятия «доминирующий покупатель», под которым понимается хозяйствующий субъект, обладающий способностью осуществлять деятельность самостоятельно, контролирующей значительную часть соответствующего рынка в качестве покупателя соответствующего товара, услуги или технологии и имеющий возможность влиять на уровень цен на данном рынке. Доказана возможность

злоупотребления доминирующим положением доминирующим покупателем в соответствии с ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции».

Делается вывод о том, что основной формой злоупотребления доминирующим положением как нарушения принципа свободы договора является навязывание. Установлено, что в настоящее время отсутствует законодательное толкование понятия «навязывание». Выделены следующие критерии для недопущения навязывания:

- критерий рыночной власти;
- наличие альтернативы;
- критерий прозрачности;
- критерий пропорциональности.

Сделан вывод о том, что навязывание ограничивает межплатформенную конкурентоспособность.

Представляется, что под навязыванием следует понимать действия (бездействие) доминанта по принуждению контрагента к принятию условий договора не выгодных для него или не относящихся к предмету договора, а также действия по принуждению к включению в договор спорных условий о повышенной ответственности за их неисполнение под угрозой не заключать договор вообще.

Сделан вывод о том, что отказ от заключения сделки должен демонстрировать более четкие последствия для потребителей, а именно то, что такое поведение ограничивает возможности потребителей и не позволяет им предлагать более качественные (а не идентичные) услуги. В ходе исследования выявлено, что если товар или доступ к нему не могут быть разделены или сложно установить средства защиты доступа к такому товару, то отказ от заключения сделки не может быть нарушением. Представляется, что компания не смогла бы качественно развивать свой незаменимый товар, если бы ей пришлось иметь дело с конкурентами на регулируемых условиях. В таком случае любой отказ от заключения сделки будет являться антиконкурентной практикой.

Случаи отказа в сделке также рассмотрены и с точки зрения экономической обоснованности. Определено, что для установления экономической обоснованности необходимо выяснить, предоставляет ли хозяйствующий субъект уже ресурсы некоторым клиентам.

Сделан вывод о том, что отказ от заключения сделки не будет являться злоупотреблением доминирующим положением, если существуют факторы незаменимости продукта или услуги, а также экономической обоснованности совместного использования продукта или услуги. Под незаменимостью продукта или услуги подразумевается отсутствие товаров-заменителей или альтернатив, которые могут эффективно выполнять ту же роль.

Установлено, что в настоящее время в российском законодательстве отсутствует такой вид злоупотребления доминирующим положением как необоснованное связывание товаров или услуг. Ключевыми формами связывания являются простое и смешанное связывание. Простое связывание характеризуется невозможностью приобрести продукты отдельно, а только одновременно в определенном соотношении. В случае смешанного связывания допускается приобретение продуктов и отдельно, и совместно. В ситуации совместного приобретения продуктов цена такого набора ниже, чем сумма всех продуктов в наборе, если бы они покупались по отдельности.

Исходя из анализа правоприменительной практики как ФАС России, так и зарубежных антимонопольных регуляторов делается вывод о том, что необоснованное связывание товаров или услуг применительно к цифровым платформам является эффективным способом пресечения конкуренции в краткосрочной и долгосрочной перспективе. Установлены критерии воздействия доминирующего субъекта на выбор потребителя:

- критерий ценообразования;
- критерий эксклюзивности;
- критерий прозрачности.

Предлагается внести в Федеральный закон «О защите конкуренции» определение необоснованного связывания товаров или услуг, под которым

подразумеваются действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, заключающиеся в намерении продать один продукт, но только при согласии покупателя на покупку другого(связанного) продукта, при этом хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, имеет достаточную экономическую власть на соответствующем товарном рынке, чтобы исказить выбор потребителей в отношении связанного продукта.

Проанализированы особенности противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий в США, ЕС, Бразилии, Индии, Китае. Выявлено, что все страны сталкиваются с затруднениями в правовом регулировании противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Выявлено, что в иностранных государствах вопрос совместимости и переносимости данных имеет законодательную проработку, в отличие от России. Определено, что под совместимостью данных понимается способность двух или более систем, или приложений обмениваться информацией и взаимно использовать информацию, которой был произведен обмен. В результате проведенного анализа выделены две группы совместимости:

- вертикальная совместимость;
- горизонтальная совместимость.

Концепция вертикальной совместимости заключается в том, чтобы основная платформа дополнялась службами-конкурентами, без которых она не может нормально функционировать. Концепция горизонтальной совместимости подразумевает отсутствие основной платформы, где службы-конкуренты совмещаются между собой.

Установлено, что переносимость данных – это право, ориентированное на пользователя, при котором он может потребовать переносить свои данные с одной цифровой платформы на другую. Обосновано, что переносимость данных может улучшить свободный поток данных и конкуренцию на рынке

цифровых технологий. Например, на платформах, предоставляющих социальные сети, возможность клиентов переносить свои фотографии, видео и комментарии на другую платформу избавляет конечных пользователей от необходимости «начинать все заново». Предлагается обязать хозяйствующих субъектов обеспечивать эффективную переносимость данных по запросу профессионального или конечного пользователя платформы. Выявлено, что переносимость данных облегчает переключение для профессиональных пользователей: возможность переносить свои отзывы с одной платформы на другую, передавать истории транзакций, используемые для торговли, что может значительно снизить альтернативные издержки, связанные с переключением поставщиков и параллельным использованием нескольких цифровых платформ пользователями. Определено, что использование переносимости данных снизит издержки пользователей и повысит конкуренцию. Отмечено, что переносимость данных увеличивает инвестиции в новые технологии, так как устраняются препятствия, связанные со сбором и хранением данных.

Сделан вывод о том, что совместимость и переносимость данных являются способами противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий. Обосновано, что данные способы увеличат конкуренцию за счет снижения барьеров входа для конкурентов и уменьшения затрат для потребителей.

Обосновывается, что ключевым фактором определения конкурентного положения является алгоритм ценообразования. Алгоритм ценообразования представляет собой последовательность правил, использующих входные данные для установления динамических цен на товары. Отмечено, что возможные последствия использования алгоритмов доминирующими хозяйствующими субъектами для осуществления монополистического поведения и злоупотребления доминирующим положением в значительной степени упускаются из виду. Выделено, что на конкурентное положение влияют такие возможности цифровых платформ как хранение и обработка

больших данных с целью их последующего использования для получения конкурентных преимуществ. Установлено, что алгоритм ценообразования является способом навязывания невыгодных условий договора доминирующими хозяйствующими субъектами. Предлагается обязать доминирующих хозяйствующих субъектов по требованию антимонопольного органа предоставлять алгоритм ценообразования с точным описанием основных характеристик для проверки соответствия требованиям антимонопольного законодательства.

Предлагаемые выводы направлены на решение дискуссионных вопросов и придание правовой определенности правоприменительной практике. Полученные в ходе исследования результаты позволяют подготовить ряд поправок в Федеральный закон «О защите конкуренции».

Список литературы

Нормативные правовые акты

1. Российская Федерация. Законы. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : [принят Государственной Думой 21 октября 1994 года (редакция от 11.03.2024)] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

2. Российская Федерация. Законы. О защите конкуренции : федеральный закон : [принят Государственной Думой 08 июля 2006 года (редакция от 01.01.2024)] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – № 31 (1 ч.). – Ст. 3434.

3. Российская Федерация. Законы. О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» от 10.07.2023 № 301-ФЗ : федеральный закон : [принят Государственной Думой 27 июня 2023 года] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2023. – № 29. – Ст. 5319.

4. Российская Федерация. Законы. Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации от 28.12.2009 № 381-ФЗ : федеральный закон : [принят Государственной Думой 18 декабря 2009 года (редакция от 01.04.2024)] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. – № 1. – Ст. 2.

5. Российская Федерация. Законы. О связи от 07.07.2003 № 126-ФЗ : федеральный закон : [принят Государственной Думой 18 июня 2003 года (редакция от 14.11.2023)] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2003. – № 28. – Ст. 2895.

6. О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках от 22.03.1991 № 948-1 : закон РСФСР : [принят Верховным Советом РСФСР 22 марта 1991 года (редакция от 26.07.2006)] // Российская газета. – № 89. – 26.04.91.

7. Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» (вместе с «Национальным планом развития конкуренции в Российской Федерации на 2018 - 2020 годы») [Указ Президента Российской Федерации от 21.12.2017 № 618] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2017. – № 52 (1 ч.). – Ст. 8111.

8. Об утверждении Национального плана («дорожной карты») развития конкуренции в Российской Федерации на 2021 - 2025 годы [Распоряжение Правительства Российской Федерации от 02.09.2021 № 2424-р (редакция от 28.02.2024)] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2021. – № 37. – Ст. 6553.

9. Об утверждении Методик по расчету ключевых показателей развития конкуренции в отраслях экономики в субъектах Российской Федерации [Приказ Федеральной антимонопольной службы России от 29.08.2018 № 1232/18]. – Справочно-правовая система «Консультант Плюс». – Текст : электронный. – URL : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_306066/ (дата обращения: 27.03.2022).

10. Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке [Приказ Федеральной антимонопольной службы России от 28.04.2010 № 220] // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – № 34. – 2010.

11. Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара [Разъяснение № 1 Президиума Федеральной антимонопольной службы России (утв. протоколом Президиума Федеральной антимонопольной службы России от 10.02.2016 № 2)]. – Справочно-правовая система «Консультант Плюс». – Текст : электронный. – URL : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_195180/ (дата обращения: 28.05.2022).

12. Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период до 2030 года

(утв. протоколом Президиума Федеральной антимонопольной службы России от 03.07.2019 № 2). – Справочно-правовая система «Консультант Плюс». – Текст : электронный. – URL : https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_334321/ (дата обращения: 28.05.2023).

13. О применении части 1 статьи 10 ФЗ «О защите конкуренции» [Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 31.12.2013 № АЦ/54346/13] // Ppt : сайт. – Текст : электронный. – URL : <http://ppt.ru/docs/pismo/fas/n-ats-54346-13-8795> (дата обращения: 31.05.2022).

14. О разъяснении правоприменительной практики [Письмо Федеральной антимонопольной службы России от 12.11.2008 № АГ/29484] // Legal acts : сайт. – Текст : электронный. – URL : <http://legalacts.ru/doc/pismo-fas-rf-ot-12112008-n-ag29484/> (дата обращения: 02.12.2022).

Зарубежные нормативные правовые акты

15. Sherman Act. 1890. Ch. 647, 26 Stat. 209; 15 U.S.C. § 1–7 // The Linux Information Project : сайт. – Текст : электронный. – URL : https://linfo.org/sherman_txt.html (дата обращения: 01.06.2022).

16. Типовой закон о конкуренции // Материалы ЮНКТАД (Конференции ООН по торговле и развитию) по проблематике законодательства и политики в области конкуренции. – Женева : United Nations Publications, 2001. – 91 с. – ISBN отсутствует.

17. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Art.L.111.-7-I // Wipo Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://wipolex.wipo.int/ru/text/420578> (дата обращения: 01.06.2022).

18. Digital Markets Act // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925> (дата обращения: 24.05.2022).

19. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen // Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz : сайт. – Текст : электронный. – URL : https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html (дата обращения: 31.03.2023).

20. Закон о конкуренции Индии // Competition commission of India : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://www.cci.gov.in/images/legalframeworkact/en/the-competition-act-20021652103427.pdf> (дата обращения: 30.04.2023).

21. Антимонопольные руководящие принципы цифровой экономики // State administration for market regulation : сайт. – Текст : электронный. – URL : http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html (дата обращения: 31.03.2023).

22. Lei Antitruste - Lei 8884/94 // Jusbrasil : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11275412/artigo-20-da-lei-n-8884-de-11-de-junho-de-1994> (дата обращения: 31.03.2023).

Нормативные правовые акты, утратившие силу

23. О национализации банков [Декрет ВЦИК от 14.12.1917] // Газета Временного Рабочего и Крестьянского Правительства. – 1917. – № 35. – Ст. 150.

24. О государственном предприятии (объединении) [Закон СССР от 30.06.1987 № 7284-XI] // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1987. – № 49. – Ст. 791.

25. О кооперации в СССР [Закон СССР от 26.05.1988 № 8998-XI] // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1988. – № 22. – Ст. 355.

26. О мерах по демонополизации народного хозяйства [Постановление Совмина СССР от 16.08.1990 № 835 (с изменениями от 06.09.1990) (утратил силу 21.02.2020)] // «СП СССР». – 1990. – № 24. – Ст. 114.

Акты официального толкования и применения права

27. О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства [Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2] // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – № 5. – 2021.

28. О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства [Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 (редакция от 04.03.2021)]. – Информационно-правовой портал «Гарант.ру». – Текст : электронный. – URL : <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/1687496/#1687496> (дата обращения: 24.03.2022).

29. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 1162/13 по делу № А03-1338/2012 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – № 1. – 2014.

30. Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 26.12.2018 по делу № 309-ПЭК18, А40-75556/2017. – Legal acts : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://legalacts.ru/sud/postanovlenie-prezidiuma-verkhovnogo-suda-rf-ot-26122018-po-delu-n-309-pek18-a40-755562017/> (дата обращения: 31.05.2022).

31. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 февраля 2011 г. № 12221/10. – Информационно-правовой портал «Гарант.ру». – Текст : электронный. – URL : <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/58100415/> (дата обращения: 31.05.2022).

32. О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации [Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 25 от 23.06.2015] // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 2015. – № 8.

Судебные постановления и решения

33. Решение Арбитражного суда Московского округа по делу № А40-90347/2017. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1f3a59bf-86ea-4258-9e1b-53faa5705b08/1b1adf7b-ce7b-4c54-8b0e-74834a1db299/A40-90347-2017_20180412_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (дата обращения: 27.03.2022).

34. Решение Арбитражного суда Московского округа по делу № А40-137192/18. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/56330dcf-503d-4903-b49e-971a74604069/353444b5-f39b-4efa-b0ee-83ec052b11d1/A40-137192-2018_20190724_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (дата обращения: 27.03.2022).

35. Решение Арбитражного суда города Москвы от 21 сентября 2018 г. по делу № А40-20993/18-120-144. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/ca7420ff-b9e8-458d-82c7-001cfa83f3e8/d6de666f-8cb6-453a-a05a-0f0697c43927/A40-20993-2018_20180921_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (дата обращения: 24.05.2022).

36. Решение Арбитражного суда города Москвы от 26 октября 2018 г. по делу № А40-85018/18-92-1009. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/af6fbee5-2be3-47e5-a106-7903a793b576/1fc3bda7-5b43-45c2-8f28-06165ddfffb6/A40-85018-2018_20181026_Reshenija_i_postanovlenija.pdf (дата обращения: 24.05.2022).

37. Решение и предписание по делу № 02-08/2013-003 (ответчик - ОАО «Зернопродукт»). – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : <https://ivanovo.fas.gov.ru/solution/9768> (дата обращения: 31.05.2022).

38. Решение Арбитражного суда Ставропольского края от 29 марта 2016 г. по делу № А63-11501/2015. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : <http://sudact.ru/arbitral/doc/ugDgc5b7xvmf/> (дата обращения: 31.05.2022).

39. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 8 декабря 2017 года по делу № А42-8319/2016. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/3cc1d06d-7320-4272-80e6-76d503612d23/443430d9-928f-4e69-b5f2-769589bd09aa/A42-8319-2016_20171208_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf (дата обращения: 31.05.2022).

40. Решение Арбитражного суда города Москвы от 06.06.2022 по делу № А40-228362/20. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/741bdd68-dd47-44f5-8700-949cc7f48274/abe01de9-ba46-476b-a177-81d9bf57acca/A40-228362-2020_20220606_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 15.12.2022).

41. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 06.02.2017 № Ф05-21931/2016 по делу № А40-195153/2015. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/06a6151c-8c2e-4dc8-a038-43f829ca472f/f9babdf1-5ea8-48b1-9eb5-d70adea0f015/A40-195153-2015_20170206_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 02.12.2022).

42. Решение Арбитражного суда города Тюмень от 17.06.2016 по делу № А70-3127/2016. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/fe81d0f9-7bcc-40c6-b197-2a6390641574/f191c2fd-4c62-4824-8b41-cb09988d6248/A70-3127-2016_20160617_Reshenie.pdf (дата обращения: 15.12.2022).

43. Решение и предписание по делу № 1 10/91-10 в отношении ООО «Ново Нордиск» от 06 октября 2010. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : <https://fas.gov.ru/documents/570105> (дата обращения: 15.12.2022).

44. Решение и предписание по делу № 1-14-21/00-11-15 от 18.09.2015. – Судебные и нормативные акты Российской Федерации. – Текст : электронный. – URL : <https://fas.gov.ru/documents/378526/> (дата обращения: 05.12.2022).

45. Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities (Case 6-72) // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61972CJ0006> (дата обращения: 24.03.2022).

46. United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities (Case 27/76) // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027> (дата обращения: 24.03.2022).

47. Case T-301/04 Clearstream v Commission // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004TJ0301&qid=1656042449783&from=EN> (дата обращения: 31.05.2022).

48. Market Definition Notice // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN) (дата обращения: 31.05.2022).

49. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992) // Justia Supreme Court Center : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/case.pdf> (дата обращения: 31.05.2022).

50. Kinderstart.Com, LLC v. Google, Inc., No. 5:2006cv02057 - Document 29 (N.D. Cal. 2006) // Law.justia.com : сайт. – Текст : электронный. – URL :

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/5:2006cv02057/178063/29/> (дата обращения: 31.05.2022).

51. Case n.08012.010483/2011-94 NOTA TÉCNICA Nº 34/2018/DEE/CADE // Conselho Administrativo de defesa Economica : сайт. – Текст : электронный. – <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2018/nota-tecnica-n34-processo-administrativo-08012010483201194.pdf> (дата обращения: 05.06.2022).

52. Commission Decision AT.39740, Google Search (Shopping) (2017) // European Commission : сайт. – Текст : электронный. – URL : https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (дата обращения: 05.06.2022).

53. Commision Decision of 20 September 1995 relating to a proceeding pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (IV/M.553 - RTL/Veronica /Endemol) // European Commission : сайт. – Текст : электронный. – URL : https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m553_en.pdf (дата обращения: 31.05.2022).

54. Ohio v. American Express Co., 585 U.S. ____ (2018) // Justia Supreme Court Center : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-1454/case.pdf> (дата обращения: 05.06.2022).

55. AG Jacobs opinion in Case C 53/03 Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (SYFAIT) V. GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline A EVE [2005] ECR I-4609 // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62003CJ0053> (дата обращения: 15.12.2022).

56. Case C-311/84 Télémarketing [1985] ECR I-3261 // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A61984CJ0311> (дата обращения: 15.12.2022).

57. Cases 6, 7/73 Commercial Solvents v. Commission (1974) ECR 223,250,251 // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0006> (дата обращения: 15.12.2022).

58. Commission, «Averting the Danger of an Abuse of a Dominant Position: the IBM Case» (1984) 17 (No 7/8) Bulletin of the European Communities 7, 7-9 // Archive of European Integration : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://aei.pitt.edu/65292/1/BUL278.pdf> (дата обращения: 15.12.2022).

59. Commission, «Article 86 applied to abuse of dominant position. Termination of refusal to sell.Polaroid/SSI» // Thirteenth Report on Competition Policy. – 1984. – p. 95, paras 155-157. – ISBN отсутствует.

60. London European v Sabena (Case IV/32.318) Commission Decision 88/589/EEC [1988] OJ L317/47 // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1988/589> (дата обращения: 15.12.2022).

61. Case T-201/04 Microsoft [2014] ECLI:EU:T:2007:289 // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004TJ0201> (дата обращения: 15.12.2022).

62. Commission Decision, AT.39740 Google Search (Shopping) // European Commission : сайт. – Текст : электронный. – URL : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_17_1785 (дата обращения: 20.12.2022).

63. United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) // Law.justia.com : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/> (дата обращения: 31.03.2023).

64. United States v. United Shoe MacHinery Corp., 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953) // Law.justia.com : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/110/295/1878333/> (дата обращения: 31.03.2023).

65. AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities // EUR-Lex : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61986CJ0062> (дата обращения: 31.03.2023).

66. T-167/08 - Microsoft v Commission // Court of Justice of the European Union : сайт. – Текст : электронный. – URL : <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-167/08> (дата обращения: 31.03.2023).

Книги

67. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху. Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции : монография / А.Ю. Цариковский, А.Ю. Иванов, Е.А. Войниканис ; под редакцией А.Ю. Цариковского [и др.]. – 3-е издание. – Москва : Издательский дом Высшей школы экономики, 2020. – 395 с. – 400 экз. – ISBN 978-5-7598-1402-3.

68. Артемьев, И.Ю. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» / И.Ю. Артемьев. – Москва : Статут, 2016. – 1022 с. – ISBN 978-5-8354-1287-7.

69. Безбах, В.В. Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота : учебное пособие / В.В. Безбах ; под редакцией доцента А.Я. Капустина, профессора В.К. Пучинского. – 2-е издание, исправленное и дополненное. – Москва : Издательство ЗЕРЦАЛО, 2000. – 400 с. – ISBN 5-8078-0035-8.

70. Гражданское право : учебник / Е.А. Суханов ; под редакцией А.В. Асоскова [и др.] : в 4 томах. Том 1. – Москва : Статут, 2006. – С. 22-24. – ISBN 5-466-00043-4.

71. Грибанов, В.П. Осуществление и защита гражданских прав / В.П. Грибанов. – Москва : Статут, 2001. – 411 с. – ISBN 5-8354-0033-0.

72. Гэлхорн, Э. Антитрестовское законодательство и экономика / Э. Гэлхорн, В.Е. Ковачич. – Москва : Международный институт права США, 1995. – 375 с. – ISBN 0-314-02683-5.

73. Емельянов, В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами / В.И. Емельянов. – Москва : Лекс-Книга, 2002. – 160 с. – ISBN 5-945580-01-5.

74. Кайль, А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» / А.Н. Кайль, Н.А. Агешкина. – Саратов : Ай Пи Эр Медиа, 2010. – 215 с. – ISBN 978-5-4376-0521-1.

75. Кайль, А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» / А.Н. Кайль. – Саратов : Ай Пи Эр Медиа, 2019. – 273 с. – ISBN 978-5-4486-0631-1.

76. Карапетов, А.Г. Свобода договора и ее пределы. Том 1 : Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений / А.Г. Карапетов, А.И. Савельев. – Москва : Статут, 2012. – 450 с. – ISBN 978-5-8354-0870-2.

77. Клейн, Н.И. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / Н.И. Клейн ; под общей редакцией Н.И. Клейн, О.Н. Садикова. – Москва : ИНФРА-М, 1999. – 778 с. – ISBN 5-90785-017-2.

78. Князева, И.В. Антимонопольная политика в России : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Национальная экономика» / И.В. Князева. – 3-е издание, стереотипное. – Москва : ОМЕГА-Л, 2008. – 493 с. – ISBN 978-5-370-00900-6.

79. Коростелева, Н.М. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» / Н.М. Коростелева, Н.Ф. Галимханова, С.А. Паращук [и др.] ; ответственный редактор И.Ю. Артемьев. – 2-е издание, переработанное и дополненное. – Москва : Статут, 2016. – 1024 с. – ISBN 978-5-8354-1287-7.

80. Конкурентное право России : учебник / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.Ю. Борзило [и др.] ; ответственные редакторы : И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. – 3-е издание, переработанное и дополненное. – Москва : Издательский дом Высшей школы экономики, 2014. – 391 с. – ISBN 978-5-7598-1075-9.

81. Конкурентное право Российской Федерации : учебное пособие / Н.И. Клейн ; под редакцией Н.Е. Фонаревой. – 2-е издание, переработанное и дополненное. – Москва : Логос, 1999. – 432 с. – ISBN 5-88439-128-5.

82. Малеин, Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях : монография / Н.С. Малеин. – Москва : Наука, 1968. – 207 с. – 500 экз. – ISBN отсутствует.

83. Малиновский, А.А. Злоупотребление субъективным правом / А.А. Малиновский. – Москва : Юрлитинформ, 2010. – 352 с. – ISBN 978-5-93295-300-6.

84. Основы экономической теории: принципы, проблемы, политика. Германский опыт и российский путь : учебник для вузов / У. Базелер, З. Сабов, Й. Хайнрих [и др.]. – Санкт-Петербург : Питер, 2000. – С. 217-218. – ISBN 5-272-00109-5.

85. Пиндайк, Р.С. Микроэкономика / Р.С. Пиндайк, Д.Л. Рабинфельд. – Санкт-Петербург : Питер, 2002. – 606 с. – ISBN 5-318-00548-9.

86. Право Европейского Союза : учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / А.Х. Абашидзе ; под редакцией А.О. Иншаковой. – 4-е издание, переработанное и дополненное. – Москва : Издательство Юрайт, 2016. – 482 с. – Серия : Бакалавр и магистр. Академический курс. – ISBN 978-5-9916-6084-6.

87. Предпринимательское право : учебник / А.В. Асташкина, А.В. Барков, Т.В. Ларина [и др.]. – Десятое издание, переработанное и дополненное. – Москва : Общество с ограниченной ответственностью «Издательство Юнити-Дана», 2023. – 488 с. – ISBN 978-5-238-03729-5.

88. Радченко, С.Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России / С.Д. Радченко. – Москва : Волтерс Клувер, 2008. – 216 с. – ISBN 978-5-466-00457-1.

89. Хутов, К.М. Преступный монополизм: уголовно-политическое и криминологическое исследование / К.М. Хутов ; под редакцией Н.А. Лопашенко. – Москва : Волтерс Клувер, 2007. – 200 с. – ISBN 978-5-466-00241-6.

90. Цыганов, А.Г. Конкуренция и антимонопольное регулирование / А.Г. Цыганов ; под редакцией А.Г. Цыганова. – Москва : Логос, 1999. – 366 с. – ISBN 5-88439-030-0.

91. Энтин, Л.М. Европейское право. Право Европейского союза и правовое обеспечение защиты прав человека : учебник / Л.М. Энтин ; ответственный редактор Л.М. Энтин. – 2-е издание, переработанное и дополненное. – Москва : Норма, 2008. – 881 с. – ISBN 978-5-89123-918-0.

Диссертации

92. Борзило, Е.Ю. Пределы осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение: понятие, виды и последствия превышения: Сравнительный анализ права России, США и Франции : специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Борзило Евгения Юрьевна ; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – Москва, 2005. – 220 с. – Библиогр. : с. 211-220.

93. Галицкий, А.Е. Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке по законодательству России и Франции: сравнительно-правовой анализ : специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное

право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Галицкий Алексей Ефимович ; Высшая школа экономики. – Москва, 2007. – 181 с. – Библиогр. : с. 165-181.

94. Зарипова, Т.Ю. Антимонопольное регулирование на рынке финансовых услуг: публичный и гражданско-правовой аспекты : специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук / Зарипова Татьяна Юрьевна ; Институт экономики, управления и права (г. Казань). – Казань, 2007. – 179 с. – Библиогр. : с. 159-179.

Научные статьи

95. Авдашева, С.Б. Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта / С.Б. Авдашева, А.Е. Шаститко, Е.Н. Калмычкова // Экономический журнал ВШЭ. – 2007. – № 4. Том 11. – С. 562-610. – ISSN 1813-8691.

96. Агарков, М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М.М. Агарков // Известия АН СССР, отделение экономики и права. – 1946. – № 6. – С. 424-436. – ISSN отсутствует.

97. Богданов, Д.Д. Регулирование пространственной ценовой дискриминации: российский и международный опыт / Д.Д. Богданов // Крымский научный вестник. – 2015. – № 1 (1). – С. 21-26. – ISSN 2412-1657.

98. Боченков, Ю.М. Понятие «доминирующее положение» и его соотношение с другими категориями российского законодательства / Ю.М. Боченков // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2007. – № 6. – С. 18-26. – ISSN 1992-8041.

99. Варламова, А.Н. Отраслевой аспект в конкурентном праве / А.Н. Варламова // Конкурентное право. – 2015. – № 3. – С. 3-7. – ISSN 2225-8302.

100. Волков, А.В. Злоупотребление принципом свободы договора / А.В. Волков // Юрист. – 2015. – № 4. – С. 10-12. – ISSN 1812-3929.

101. Витрянский, В.В. Гражданский кодекс и суд / В.В. Витрянский // Вестник ВАС РФ. – 1997. – № 7. – С. 132-156. – ISSN отсутствует.

102. Галимханова, Н.Ф. Правовая характеристика института доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке / Н.Ф. Галимханова // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. – 2014. – № 4. – С. 91-95. – ISSN 1816-921X.

103. Галимханова, Н.Ф. Субъективная сторона злоупотребления доминирующим положением: умысел или неосторожность / Н.Ф. Галимханова // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. – 2014. – № 11. – С. 249-252. – ISSN 2220-2404.

104. Галушко, Д.В. Функционирование цифровых платформ: современные вызовы правовому регулированию / Д.В. Галушко // Правовое регулирование экономической деятельности. ПРЭД. – 2023. – № 1. – С. 27-35. – ISSN 2782-7380. – Текст : электронный. – DOI отсутствует. – URL : <https://cyberleninka.ru/article/n/funktsionirovanie-tsifrovyyh-platform-sovremennyye-vyzovy-pravovomu-regulirovaniyu> (дата обращения: 31.08.2023).

105. Глускер, Е.А. Актуальные вопросы правового регулирования рынка цифровых технологий / Е.А. Глускер // Юридическая наука. – 2022. – № 4. – С. 15-19. – ISSN 2220-5500.

106. Глускер, Е.А. Злоупотребление доминирующим положением на рынке цифровых технологий: опыт правового регулирования в Бразилии / Е.А. Глускер // Актуальные проблемы науки: взгляд студентов : материалы Всероссийской с международным участием студенческой научной конференции : в 2 частях. Часть 1 ; под редакцией О.В. Кублицкой. – Санкт-Петербург : ЛГУ имени А.С. Пушкина, 2023. – С. 60-63. – 418 с. – ISBN 978-5-8290-2112-2. – Текст : электронный – DOI отсутствует. – URL : <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=54234223> (дата обращения: 14.10.2024).

107. Глускер, Е.А. Злоупотребление доминирующим положением на рынке цифровых технологий: опыт правового регулирования в Индии / Е.А. Глускер // Актуальные вопросы публично-правового регулирования экономических отношений : материалы научно-практической конференции ; под редакцией А.А. Фатьянова. – Москва : РУСАЙНС, 2023. – С. 111-116. – 178 с. – ISBN 978-5-466-04256-6.

108. Глускер, Е.А. Злоупотребление доминирующим положением на рынке цифровых технологий: опыт правового регулирования в Китае / Е.А. Глускер // Юридическая наука. – 2023. – № 4. – С. 258-264. – ISSN 2220-5500.

109. Глускер, Е.А. Некоторые особенности понятия «доминирующее положение» по антимонопольному законодательству Российской Федерации / Е.А. Глускер // Актуальные вопросы публично-правового регулирования экономических отношений в Российской Федерации : сборник статей ; под редакцией А.А. Фатьянова, Н.А. Машкина. – Москва : РУСАЙНС, 2022. – С. 110-116. – 254 с. – ISBN 978-5-4365-9529-0.

110. Глускер, Е.А. Особенности злоупотребления доминирующим положением на рынке цифровых технологий / Е.А. Глускер // Юриспруденция, государство и право: актуальные вопросы и современные аспекты : сборник статей VIII Международной научно-практической конференции. – Пенза : МЦНС «Наука и Просвещение», 2022. – С. 39-41. – 132 с. – ISBN 978-5-00173-227-3.

111. Глускер, Е.А. Правовые аспекты противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий / Е.А. Глускер // Генезис и онтология инновационно ориентированной деятельности в условиях цифровизации : сборник статей Всероссийской научно-практической конференции с международным участием. – Уфа : Аэтерна, 2023. – С. 194-195. – 298 с. – ISBN 978-5-00177-853-0.

112. Глускер, Е.А. Роль правовых принципов регулирования цифровых платформ на недопущение злоупотреблением доминирующим положением / Е.А. Глускер // Трансформация информационно-коммуникативной среды общества в условиях вызовов современности : материалы II Международной научно-практической конференции молодых ученых : в 3 частях. Часть 1 ; под редакцией А.В. Ахметовой, Н.Э. Ракитиной. – Комсомольск-на-Амуре : ФГБОУ ВО «КНАГУ», 2023. – С. 147-149. – 281 с. – ISBN 978-5-7765-1566-8.

113. Глускер, Е.А. Связывание как форма злоупотребления доминирующим положением на рынке цифровых технологий: понятие и проблемы правового регулирования / Е.А. Глускер // Юридическая наука. – 2022. – № 12. – С. 29-32. – ISSN 2220-5500.

114. Глускер, Е.А. Совместимость и переносимость данных как способы противодействия злоупотреблению доминирующим положением на рынке цифровых технологий / Е.А. Глускер // Юридическая наука. – 2023. – № 12. – С. 201-203. – ISSN 2220-5500.

115. Даниленко, В.Н. Отказ в защите принадлежащего лицу права, как мера гражданско-правовой ответственности за злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке / В.Н. Даниленко // Альманах мировой науки. – 2016. – № 10. – С. 89-90. – ISSN 0-314-02683-5.

116. Ендресяк, А.А. Создание дискриминационных условий: анализ судебной практики по п. 8 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» / А.А. Ендресяк, Е.А. Нешина, Д.Е. Баранов [и др.] // Конкурентное право. – 2018. – № 2. – С. 41-45. – ISSN 2225-8302.

117. Казакова, Е.Б. Антимонопольное законодательство и принцип свободы договора: проблемы соотношения / Е.Б. Казакова // Наука и мир. – 2013. – № 1 (1). – С. 251-253. – ISSN 2308-4804.

118. Козлова, М.Ю. Действие принципа свободы договора в отношении хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение /

М.Ю. Козлова // Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция. – 2013. – № 1. – С. 41-45. – ISSN 2078-8495.

119. Кудрявцев, К.А. Методические аспекты доказательства экономически необоснованного установления монополистом различных цен на один и тот же товар / К.А. Кудрявцев // Современная конкуренция. – 2015. – № 2. Том 9. – С. 61-69. – ISSN 1993-7598.

120. Малеин, Н.С. Закон, ответственность и злоупотребление правом / Н.С. Малеин // Советское государство и право. – 1991. – № 11. – С. 28-35. – ISSN отсутствует.

121. Пашин, В.М. Институт злоупотребления субъективными правами *de lege ferenda* / В.М. Пашин // Актуальные проблемы гражданского права. – 2003. – Выпуск 7. – С. 44-47. – ISSN отсутствует.

122. Паращук, С.А. Рынок как объект правового регулирования / С.А. Паращук // Законодательство. – 2002. – № 7. – С. 19-28. – ISSN 1681-8695.

123. Петров, Д.А. Недобросовестная конкуренция: понятие и признаки / Д.А. Петров // Конкурентное право. – 2015. – № 4. – С. 34-36. – ISSN 2225-8302.

124. Пузыревский, С.А. В защиту конкуренции / С.А. Пузыревский // ЭЖ-ЮриСт. – 2008. – № 40. – С. 20-22. – ISSN 1681-8695.

125. Садиков, О.Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России / О.Н. Садиков // Хозяйство и право. – 2002. – № 2. – С. 40-48. – ISSN 0134-2398.

Зарубежные научные статьи

126. Chen, L. An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace / L. Chen, A. Mislove, C. Wilson // In International World Wide Web Conference. – 2016. – pp. 1339-1349. – ISSN отсутствует.

127. Garner, B.A. Black's Law Dictionary, Eighth Edition / B.A. Garner // Thomson West. – 1999. – p. 1028. – ISBN отсутствует.

128. Humpe, C. Refusal to Deal – Global Competition Law Centre, Research Paper on the modernization of Art. 82 EC, Draft version 6 July 2005 / C. Humpe, C. Ritter // College of Europe. – 2005. – p. 32. – ISBN отсутствует.

129. Ittoo, A. Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective / A. Ittoo, N. Petit // Working Paper. HEC Management School, University of Liege. – 2017. – pp. 1-14. – ISBN отсутствует.

130. Katz, M.L. Network Externalities, Competition, and Compatibility / M.L. Katz, C. Shapiro // American economical review. – 2017. – № 75. – pp. 424-440. – ISSN отсутствует.

131. Posner, R.A. Antitrust law, 2nd edition / R.A. Posner // Chicago and London : University of Chicago Press. – 2001. – 304 p. – ISBN 978-0226675763.

132. Ruchkina, G.F. Tacit Collusion on Steroids: The Potential Risks for Competition Resulting from the Use of Algorithm Technology by Companies / G.F. Ruchkina, C.S. Hutchinson, S.G. Pavlikov // Sustainability. – 2021. – № 2. Volume 13. – pp. 1-14. – ISSN 2071-1050.

133. Shelanski, H.A. Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet / H.A. Shelanski // University of Pennsylvania Law Review. – 2013. – Volume 161. – P. 1676. – ISBN отсутствует.

134. Sullivan, T.E. Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems / T.E. Sullivan, H. Hovenkump // LexisNexis. – 2004. – 1143 p. – ISBN отсутствует.

Электронные ресурсы

135. Бара Золтан. Семинар «Ценовые злоупотребления доминирующим положением», 2012. «Экономические аспекты хищнического поведения и соответствующие дела» / ФАС России : официальный сайт. –

Москва. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL : http://udmurtia.fas.gov.ru/sites/default/files/page/2012/12/19/02_bara_predation_12.2012_rus.pdf (дата обращения: 31.03.2023).

136. Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2022 год / ФАС России : официальный сайт. – Москва. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL : <https://fas.gov.ru/documents/689041> (дата обращения: 15.08.2023).

137. Доклад «Ценовая дискриминация» / ФАС России : официальный сайт. – Москва. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL : <https://fas.gov.ru/pages/international-partnership/oesr/komitet-po-konkurenczii/zasedaniya-oesr-2016/> (дата обращения: 26.05.2022).

138. Доклад по правоприменительной практике, статистике типовых и массовых нарушений обязательных требований с разъяснением / ФАС России : официальный сайт. – Москва. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL: <https://fas.gov.ru/documents/590333> (дата обращения: 31.05.2022).

139. Об отзыве письма ФАС России / ФАС России : официальный сайт. – Москва. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL : <https://fas.gov.ru/documents/575878> (дата обращения: 02.12.2022).

140. Условия признания доминирующим положения хозяйствующего субъекта. Иммунитеты для определенных хозяйствующих субъектов в отношении установления для них фактов наличия доминирующего положения. Сфера применения запрета злоупотребления доминирующим положением. Разграничение полномочий ФАС России и иных контролирующих органов / ФАС России : официальный сайт. – Москва. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL : <https://fas.gov.ru/documents/613988> (дата обращения: 24.03.2022).

141. Экспертный совет при ФАС России по развитию конкуренции в сфере розничной торговли. Протокол № 2 / ФАС России : официальный сайт. – Москва. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL :

http://faswalk.fas.gov.ru/community-councils/community-protocols_149.html

(дата обращения: 31.05.2022).

142. Basedow, J. Freedom of Contract in the European Union / J. Basedow // *European Review of Private Law*. – 2008. – № 6. Volume 16. – pp. 901-923. – ISSN 0928-9801. – <https://doi.org/10.54648/erpl2008069>. – Текст : электронный. – URL : <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/16.6/ERPL2008069> (дата обращения: 01.12.2022).

143. Berlin, I. «Two Concepts of Liberty» / I. Berlin, H. Hardy // *Oxford University Press*. – 2002. – pp. 166-217. – ISBN 0-19-924988-1. – Текст : электронный. – URL : https://www.marinha.mil.br/ppgem/sites/www.marinha.mil.br/ppgem/files/isaiah_berlin_-_liberty_incorporating_four_essays_on_liberty_-_oxford_university_press_2002.pdf (дата обращения: 01.12.2022).

144. Crémer, J. Competition Policy for the Digital Era (2019) [EU Report] / J. Crémer, H. Schweitzer, Y.A. de Montjoye // *European Commission* : официальный сайт. – Брюссель. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (дата обращения: 24.05.2022).

145. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Germany (2020): Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 / German Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action : официальный сайт. – Берлин. – Обновляется в течение суток. – Текст : электронный. – URL : https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (дата обращения: 24.05.2022).

146. Nagy, I.C. Refusal to Deal and the Doctrine of Essential Facilities in US and EC Competition Law: A Comparative Perspective and a Proposal for a Workable Analytical Framework / I.C. Nagy // *European Law Review*. – 2007. – № 5. Volume 32. – pp. 664-685. – ISSN 0307-5400. – Текст : электронный. – URL : <https://ssrn.com/abstract=1737710> (дата обращения: 31.12.2022).

147. Pettit, P. *Republicanism – A Theory of Freedom and Government* / P. Pettit // Oxford University Press. – 1999. – p. 328. – ISBN 0-19-829083-7. – Текст : электронный. – URL : <https://www.economytimes.ru/sites/default/files/Pettit.pdf> (дата обращения: 01.12.2022).