

«Акт про Цифрові Ринки»:

Нова Філософія Регулювання Конкуренції в ЄС

Олесь Андрійчук*

Віктор Андрійчук*

УДК 338.14

JEL K21

Анотація

Стаття досліджує основні положення реформи конкуренційної політики ЄС у сфері цифрових технологій. Аналізуються як доктринальні передумови даної реформи, так і положення процесуального та матеріального характеру проекту основного нормативно-правового документу даної реформи: «Акту про цифрові ринки».

Abstract

European competition policy undergoes a significant transformation. The main features of the reform are drafted in the proposal by the European Commission 'Digital Markets Act'. The essence of the reform goes far beyond the proposal. The document and its consequences are subject to the intense discussions in the EU. In light of the direct economic links between EU and Ukraine, as well as in the context of the possible accession, the provisions of the

* Олесь Андрійчук, PhD старший викладач юридичного факультету Університету Страсклайда, Глазго, Велика Британія, співдиректор Центру Інтернет Права і Політики, Університет Страсклайда. Коментарі і запитання будь ласка надсилайте на oles.andriychuk@strath.ac.uk

* Віктор Андрійчук, професор, доктор економічних наук, академік Академії наук вищої школи України, заслужений діяч науки і техніки України.

reform have to be scrutinised as a part of the approximation of the legal, economic and technical standards of Ukraine to the EU norms. The legislative proposal does not exhaust the substance of the reform. It goes further. The overarching gist of the momentum is that the relationship between the biggest digital market players and the regulators and enforcers is changing and transforming. This article aims to explain the broader processes necessitating and triggering these changes. The next section focuses on the analysis of the main procedural elements of the proposal. It explains the rationale for the innovative method of asymmetric regulation, introduced by the proposal. Section 3 offers an outline of the substantive provisions of the reform, describing the main obligations of gatekeepers. The last section explains the relevance and importance of the reform to the economy of Ukraine.

Резюме

Конкуренційна політика ЄС перебуває на порозі істотної реформи. Основні положення реформи викладені в проекті законодавчого документу «Акту про цифрові ринки», ініційованого Європейською Комісією. Його суть, однак, виходить за межі даного акту. Проект підлягає детальному і багатосторонньому обговоренню в ЄС. З огляду як на безпосередній зв'язок між економіками ЄС та України, а також перспектив членства України в ЄС, відбувається загальна адаптація українського законодавства і технічних положень до вимог та стандартів ЄС. Природньо, що і дана реформа стане невдовзі частиною гармонізаційних процесів. З огляду на комплексність і багатогранність даної реформи, охоплення нею не лише положень законодавства, але зміни самої модальності стосунків між органами конкуренційної політики та найбільшими учасниками цифрової економіки, доцільно було б ініціювати таку дискусію вже зараз, поки даний законопроект знаходиться у стадії розробки. З огляду на це, а також

на загальну новизну даного процесу, стаття пропонує аналіз трьох основних компонентів реформи. Вона починається із огляду зовнішніх передумов, що спонукали Європейську Комісію до таких інноваційних (і досить контраверсійних) законодавчих кроків. Ця частина статті покликана описати контекст і рушійні сили. Наступна частина описує основні процесуальні елементи законопроекту, зосереджуючись на оригінальній формулі виокремлення з-поміж суб'єктів цифрової економіки виключно найбільших системних її учасників, і накладання на них широкого спектру зобов'язань, котрі покликані захистити і спонукати конкуренцію на цифрових ринках ЄС. Остання частина статті описує матеріальну сторону нових обов'язків, що передбачені реформою. У висновках наголошується про важливість її рецепції або принаймні глибокого аналізу для України.

Вступ

Наближення законодавства України до вимог ЄС є тривалим, багаторівневим процесом. Окрім копіткої роботи із узгодження нормативно-правової бази, технічних вимог і стандартів, важлива роль у ньому належить також синхронізації світоглядних систем і однакового розуміння самих факторів, що підлягають зближенню. Таке поняттєве узгодження необхідне і для більш ефективної політики сусідства, і особливо для підготовки до можливого членства України в ЄС.

Політика регулювання економічної конкуренції належить до одного з ключових повноважень ЄС. На відміну від більшості інших галузей регулювання Внутрішнього Ринку, конкуренційна політика входить у сферу виключної компетенції ЄС.¹ Деякі її складові ре-делегуються назад Країнам-

¹ Договір про функціонування Європейського Союзу, 16 квітня 2003, Ст. 3.

Членам,² однак стратегічне управління, розробка та зміна законодавчої бази, а також практичне застосування зосереджена в сфері компетенції ЄС взагалі, і Європейської Комісії (далі, «Комісії») передусім.

Впродовж усього часу свого існування, конкуренційна політика ЄС була завжди серед пріоритетних завдань, а також одним із найголовніших інструментів гармонізації Внутрішнього Ринку. Починаючи із середини 2010-их років, роль і місце конкурентної політики підвищились ще більше, зокрема у сфері регулювання цифрової економіки. Тоді ж, на фоні безпрецедентного росту цифрових корпорацій-гігантів, в ЄС розпочались – і від того часу набирають усе більших обертів – дискусії щодо фундаментального перегляду принципів і правил конкуренційної політики. Причиною такого регуляторного активізму є той факт, що ані теоретичні основи, ані існуюча нормативно-правова база не є достатньо ефективними у забезпеченні правил конкуренційної діяльності у сфері цифрової економіки. І у сфері злиттів та поглинань, і у сфері антиконкурентних угод, чинне законодавство потребує модернізації, приведення його у відповідність до викликів цифрової економіки, і цифрового суспільства загалом. Однак найбільш нагальною така потреба виявилася у сфері зловживання домінантним становищем. Саме ця частина конкуренційної політики ЄС застосовується найбільш активно Комісією у галузі цифрової економіки, і саме вона лягла в основу законодавчої реформи, запропонованої Комісією Європейському Парламенту та Раді ЄС в грудні 2020 року.³

² Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance).

³ Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council On Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD).

Запропонована реформа – «Акт про Цифрові Ринки» – не скасовує, а лише доповнює чинне законодавство ЄС у сфері зловживання домінантним становищем, і вона стосуватиметься лише окремих (найбільших) суб'єктів господарювання у галузі цифрової економіки. Однак даний Акт не обмежується запровадженням лише окремих юридичних новел щодо розширення обов'язків та збільшення відповідальності цифрових гігантів. Йдеться про перегляд самих доктринальних основ конкуренційної політики, самої філософії застосування економічної конкуренції. Провідні європейські дослідники називають її «коперниківською трансформацією світу конкуренції».⁴ Реформа, іншими словами, має істотні як теоретичні, так і практичні складові. Ці дві складові є взаємозалежними, взаємопояснюючими, і взаємодоповнюючими.⁵ Дана стаття аналізує обидві.

Основні зовнішні передумови реформи

Законопроект «Акт про цифрові ринки» з'явився у наслідок низки зовнішніх і внутрішніх причин. Не усі вони перебувають у прямому зв'язку із реформою, але усі кумулятивно уможливили саму її появу.

Першою причиною стала де-канонізація неокласичного підходу до конкуренції, відомого як Чиказька школа. Основним її постулатом є теза про здатність ринку до самокорекції. В контексті конкуренційної політики, основним мірилом для легітимізації втручання регулятора є негативний вплив угоди чи односторонньої дії на добробут (чи загальний, чи споживача). Цей негативний вплив вимірюється ціною. Така модель надає

⁴ Pablo Ibáñez Colomo, 'Protecting the 'Law' in Competition Law', *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 11, No. 7, 2021, p. 333.

⁵ Giorgio Monti, 'The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement', *TILEC Discussion Paper*, 2021-004, 2021, p. 1: 'It would be a mistake to see the DMA as a regression back to the form-based approach for which the Commission was so criticised in the 1980s'.

перевагу Помилкам Другого Типу (краще помилково не покарати тих, чиї дії можливо б і потребували санкцій, аніж помилково покарати тих, чиї дії скоріше-таки сприяють добробуту). На нормативному рівні такий підхід плекався передусім у США, згодом, до значної міри і в ЄС – а відповідно у переважній більшості інших юрисдикцій, адже практично всі вони у свій час транспонували конкуренційне право або за лекалами США, або ЄС.

На методологічному рівні такий світогляд призвів до некритичної абсолютизації економічної науки (неокласичної її версії), до певного методологічного редукціонізму.⁶ Хоч історично конкуренційна політика виникла як захист саме процесу конкуренції, а не (с/тільки) її результату, такий «деонтологічний» підхід ще донедавна вважався мало не рудиментом, що рано чи пізно кане в Лету під впливом «утилітарного» підходу Чиказької школи. Зведення конкурентної політики до простих (хоч і виражених складною математичною мовою) і зрозумілих передусім конкуренційним органам формул і принципів викликало спорадичну критику, однак було очевидно, що конкуренційна наука рухається до Чиказького консенсусу (із дискусіями скерованими скоріше на технічні деталі, ніж на світоглядні принципи).

Стрімкий розвиток цифрової економіки став каталізатором теоретичної контр-революції, скерованої проти абсолютного доктринального домінування ідей Чиказької школи. Маючи в основі своїй принцип нульової ціни, і користуючись засадничо іншими способами росту (такими як мережевий ефект, переможець забирає усе, здатністю до масштабування, злиття та поглинання задля недопущення виникнення конкуренції «знизу» тощо), найбільш успішні компанії гіганти пройшли марафонський шлях від «гаражного підприємництва» до провідних місць у індексах капіталізацію з

⁶ Ioannis Lianos, 'Polycentric Competition Law', Current Legal Problems, Vol. 71, No. 1, 2018, pp. 162–191.

воістину спринтерською швидкістю. Конкуренційне право у кращому випадку виконувало роль «доброго поліцейського», а здебільшого або розслідувало малозначущі, несистемні дії цих корпорацій, або й взагалі не було наділене ані теоретичним, ані юридичним інструментарієм для ведення бодай-якої успішної системної політики у галузі цифрової економіки.

Станом на 2021 рік обидві найбільш значущі світові юрисдикції – США та ЄС – оголосили не тільки на академічному, але вже і на законодавчому рівні про свої наміри провести істотну ревізію чинного конкуренційного законодавства, доповнюючи його принципово новими положеннями. Ці процеси є об'єктивним свідченням того, що цифрова економіка потребує значно більш прагматичного асиметричного підходу. За аналогією із самою цифровою економікою, якщо успіх у споживача здобувається завдяки індивідуалізації, за допомогою мікро-таргетингу, успіх регулятора цифрових ринків не буде можливий без такого самого індивідуалізованого підходу до корпорацій-гігантів, без накладення на них обов'язків, співвимірних їхній ролі у цифровій економіці. «Акт про Цифрові Ринки» власне і закріплює саме таку асиметричну модель.

Наступною після де-універсалізації наукового апарату і нормативних цілей системною передумовою реформи стала де-глобалізація самої конкурентної політики. По-суті, йдеться про те, що донедавна провідна світова думка про економічну конкуренційну політику формувалась за принципами Бреттон-Вудської системи. Світ впевнено крокував до глобальної конкуренційної політики, зрозумілої в усіх країнах і культурах. Вона ставала, по суті, уособленням «кінця історії». Водночас однак, окремі юрисдикції, прийнявши формально закони про економічну конкуренцію, продовжували діяти за принципами планової командно-адміністративної системи, перебудувавши лише фасад своїх економічних систем. На подив багатьох, деякі з таких країн демонструють переконливий економічний ріст,

використовуючи з одного боку прозорість і передбачуваність західних ринків, а з іншого застосовуючи активні неринкові механізми на ринках внутрішніх. Такі успіхи стали особливо помітними у цифровій економіці.⁷ Тому ЄС розглядає низку дій, спрямованих на протидію цим тенденціям, і на саме переосмислення некритичного, ортодоксального, недалекогоглядного підходу до конкуренційної політики, зведеної до єдиного мірила: добробуту споживача.

Попередній фактор отримує ще більш системне значення у контексті дискусій про «4-ту Індустріальну Революцію», основна теза якої полягає в тому, що акумулювання великих інформаційних масивів та керування алгоритмами перебирають в новій системі магістральну роль співвимірну ролі ресурсів і сировини у попередній історичній фазі. Цифрові компанії, за цією ж аналогією, стають по-суті новою транспортною інфраструктурою. У рамках цієї світоглядної моделі, країни конкурують одна з одною за досягнення якомога вищого технологічного рівня у ієрархії цифрового суспільства, і не добробут споживача, а саме здатність знати, контролювати, вивчати, програмувати та передбачати його поведінку стає ключовим фактором росту і виміром успіху. Така метаморфоза потребує відповідного переосмислення і конкуренційної політики також. Іншими словами, в ЄС зростає незадоволення існуючим місцем блоку у світовому цифровому господарстві, і дедалі частіше виникає питання чому ж суспільство, що є передовим як у плані розробки наукових ідей, так і економічної активності споживачів, неспроможне належно конкурувати у питаннях комерційного масштабування цифрової економіки, стаючи по-суті інформаційним, якщо не додатком, то сателітом, передових цифрових економік світу. Дані дискусії зазвичай використовують дискурс «цифрового суверенітету», і є

⁷ Thomas Cheng, 'Competition Law in Developing Countries', Oxford University Press, 2020, 580 p..

частиною кількох інших реформ у сфері цифрових технологій (починаючи від захисту інформаційних масивів, і закінчуючи реформою у секторі контролю за прямими іноземними інвестиціями).

Всі ці і низка інших, похідних, причин стали каталізатором реформи конкуренційної політики в ЄС. Її законодавчий етап повинен завершитись у 2022 році. В наступній частині статті пропонується аналіз основних процесуальних елементів законопроекту.

Основні процесуальні елементи законопроекту

Принциповою характеристикою нових правил буде їх застосування лише до «ключових гравців» (gatekeepers). Надання цього юридичного статусу нестиме для відповідної корпорації дуже істотні наслідки в плані як самих обов'язків, так і відповідальності за їх порушення. Така ж бінарна формула застосовується і в регулюванні зловживання домінантним становищем на ринку, однак на відміну від останньої, обов'язки будуть накладатись ек-анте (тобто, визначатись наперед), а не ек-пост (тобто, після самої дії).

Дана модель контрастує із обраною в ще одному законопроекті, внесеному до Європейського Парламенту в той самий день, що і «Акт про цифрові ринки» – в «Акті про цифрові послуги».⁸ У цьому законопроекті обрано не бінарну, а пірамідальну модель, котра передбачає симетричне підвищення зобов'язань платформи пропорційно до її розміру. Піраміда складається із п'яти рівнів. На найнижчому знаходяться малі і мікро-платформи. До них вимоги «Акту про цифрові послуги» не застосовуватимуться взагалі. На вершині піраміди компанії зі статусом «дуже велика онлайн-платформа». На такі компанії буде покладено

⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD).

найбільше додаткових обов'язків. Критерієм визначення розміру (і відповідно нового статусу) компанії стане кількість її активних користувачів.

Бінарна формула, обрана для «Акту про цифрові ринки» має принципово інші наслідки. Нові вимоги будуть застосовуватися виключно до компаній, що відповідають низці кумулятивних критеріїв. Всі інші компанії (навіть ті, що відповідають, приміром, чотирьом з п'ятих критеріїв) не будуть регулюватись новим регламентом взагалі. Так, між найбільшими компаніями (передбачається, що йтиметься про 5-20 компаній, і точна цифра буде залежати від остаточного компромісу щодо критеріїв) і всіма іншими учасниками ринку виникне регуляторна прірва. По суті, цифрові компанії-гіганти в ЄС будуть нести зобов'язання незрівнянно вищі від тих, котрі вони мають тепер (і котрі вони, до речі, так і продовжуватимуть мати в Україні).

Категоричність моделі, обраної для Акту про цифрові ринки», пояснюється тим, що лише за допомогою такої радикальної диспропорційності у плані визначення ключових гравців, можливо видозмінити неконтрольований ріст цифрових гігантів, і їх усесторонній вплив як на власних бізнес-користувачів, так і на кінцевих споживачів.

На даний момент точаться предметні дискусії, щодо того де і як саме встановити кількісні пороги для надання статусу компанії-ключового гравця (і чи зможе Комісія надалі видозмінювати критерії без необхідності проходження повної процедури перегляду законодавства). У запропонованому Комісією законопроекті, ключовим гравцем може стати виключно компанія, що відповідає одночасно усім наступним вимогам:

- 1) Надає послуги хоча б у одній з наступних восьми цифрових сферах:
 - (i) електронна торгівля;

- (ii) інтернет-пошук;
- (iii) соціальні мережі;
- (iv) відео-платформи;
- (v) месенджери;
- (vi) операційні системи;
- (vii) хмарні обчислення;
- (viii) цифрова реклама, що базується на попередніх семи сервісах.

2) При цьому, дана компанія має річний оборот 6.5 мільярдів євро за минулі 3 роки або капіталізацію в 65 мільярдів євро в попередній фінансовий рік, а також послуги мають надаватися хоча б в трьох Країнах-Членах.

3) При цьому, дані послуги повинні надаватися щонайменше 45-ти мільйонам споживачів щомісячно, і 10-ти мільйонам бізнес-клієнтам щорічно.

4) При цьому, така істотна позиція повинна бути укоріненою на ринку, тобто послуги мають бути такими, на які покладаються і бізнес- і кінцеві користувачі.

Ці критерії можуть змінитись у ході законодавчих доопрацювань Акту. Адже потрібно знайти таку золоту середину, при якій кількісні пороги були б достатньо низькими (аби унеможливити намагання великих корпорацій пройти «під радарми» хоча б одного з них), але й достатньо високими, аби не включити в категорію ключових компаній тих, хто власне здатний створити потенційну конкуренцію для даних провідних гравців, особливо, якщо ті будуть відтепер підпадати значно більш жорстким правилам. Саме тому вочевидь потрібна була б модель, що дозволила б змінювати кількісні

критерії не за допомогою тривалої законодавчої процедури, а адміністративно самою Комісією.

Останнім важливим – і, напевне, найбільш оригінальним та симптоматичним – процесуальним елементом законопроекту, є юридична механіка запровадження індивідуалізованих обов’язків ключових гравців. Всі ці обов’язки передбачені у чотирьох статтях Акту: ст. 5, 6, 12 та 13. Викликає особливий інтерес розлога група обов’язків, що містяться в ст. 6 «Акту про цифрові ринки». Таких обов’язків є одинадцять, і вони свідомо виписані дуже загально.⁹ Вимоги окреслені за допомогою багатьох прикметників «справедливий», «рівномірний», «прозорий» тощо.¹⁰ Стає очевидним, що всіх цих обов’язків неможливо дотриматися навіть корпораціям-гігантам. Тож ст. 7 законопроекту запроваджує механізм «регуляторного діалогу». У ході даного діалогу між Комісією і кожною ключовою компанією, суть кожного з таких обов’язків узгоджуються у переломленні до фактичних сфер діяльності кожної з цих компаній.

Юридичне закріплення такого «регуляторного діалогу» вже саме по собі є відмітною рисою. Однак найцікавішими в цьому контексті є положення ст. 25 Акту. Відповідно до нього, ключові компанії нестимуть юридичну відповідальність (аж потенційно до примусового розділення) за недотримання покладених на них обов’язків. Причому, відповідальність за недотримання одинадцяти широких обов’язків ст. 6 може наставати *ex tunc* або *ex tunc* – тобто, або з моменту їх узгодження у ході «регуляторного діалогу», або з моменту їх самого виникнення. Моментом їх виникнення є

⁹ Heike Schweitzer, ‘The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal’, Vol. 28, No. 3, 2021, pp. 1–35 (forthcoming).

¹⁰ Rupperecht Podszun, Philipp Bongartz, Sarah Langenstein, ‘Proposals on How to Improve the Digital Markets Act’, Policy paper in preparation of the information session on the Digital Markets Act in the European Parliament’s Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO) on 19 February 2021, p. 3.

надання статусу ключового гравця. Цією не дуже елегантною формулою, по суті, окреслюється принципово новий формат стосунків між Комісією і ключовими компаніями. Практична доцільність «регуляторного діалогу» є безсумнівною, але сторони діалогу підходять до нього у свідомо нерівних умовах. По суті, неуспіх у діалозі буде означати для ключових компаній, що вони нестимуть юридичну відповідальність за недотримання вимог ст. 6 з моменту їх виникнення. Досягнення ж компромісу в такому діалозі буде означати настання таких зобов'язань лише з моменту узгодження, і лише в рамках уточнених вимог. Тож формула ставить ключових гравців у завідомо підрядне становище: вони будуть більше зацікавлені в досягненні компромісу, аніж Комісія. Це допоможе уникнути низки практик процесуальних затягувань і перешкод, які б, вочевидь, охоче застосовувалися ключовими компаніями, якби обов'язки передбачені ст. 6 виникали виключно після узгодження в рамках регуляторного діалогу.

Основні обов'язки ключових гравців

Основні обов'язки ключових гравців виписані у двох великих і двох менших, але за змістом таких же істотних, статтях. Стаття 5 містить широкий спектр обов'язків, названих в законопроекті «само-виконуючими», тобто такими, що не потребують жодних уточнень між ключовим гравцем і Комісією. Таких обов'язків є сім. Стаття 6, навпаки, містить велику групу обов'язків, зміст яких може (але не повинен) бути узгодженим у ході регуляторного діалогу між Комісією і кожною ключовою компанією окремо. Таких обов'язків є одинадцять. Статті 12 та 13 на відміну від попередніх двох, містять по одному обов'язку кожна. Ці обов'язки виникають перед ключовими компаніями не перед бізнес- чи кінцевими користувачами, а перед Комісією.

Говорячи про групу обов'язків передбачених ст. 5, варто передусім відзначити, що вони виникають не лише у стосунку до тих основних послуг, які підпадають під рамки дії законопроекту, і за якими компанію визнано ключовим гравцем, а на всю економічну діяльність даної компанії.

1) Однією з основних переваг, що мають ключові компанії перед своїми користувачами і конкурентами, є можливість стимулювати їхню лояльність за допомогою використання асиметричної інформації, що проявляється передусім у здатності поєднання інформації, отриманої з різних основних і неосновних видів послуг, що надаються ключовою компанією своїм клієнтам. З моменту вступу законопроекту в силу, ключові компанії не могли продовжувати дані практики, не отримавши чіткої згоди на таке комбінування від самих бізнес- чи кінцевих користувачів.

2) Забороняється застосування жорстких і абсолютних вимог паритетності. Дані практики передбачають зобов'язання користувачів надавати інформацію чи інші послуги за ціною не нижчою від тієї, що узгоджена між ними і ключовими компаніями. Або відповідна знижка повинна бути надана також і ключовій компанії. Зрозуміла річ, що заборона «абсолютних» вимог паритетності дає достатньо можливостей для використання формально пом'якшених вимог. Але принаймні положення даного пункту назначають регуляторну тенденцію.

3) Третя вимога надає бізнес-користувачам більше можливостей надання послуг кінцевим користувачам без прив'язування останніх до основних послуг, що надаються ключовими компаніями. Іншими словами, факт використання бізнес-користувачами відповідної платформи не виключає можливості використання їхніми кінцевими користувачами альтернативних можливостей.

4) Забороняється будь-яка форма покарання ключовими компаніями своїх бізнес-користувачів за публічні скарги останніх щодо перших.

5) Накладається заборона на обов'язкові вимоги щодо використання бізнес-користувачами послуг ідентифікації виключно через ключову компанію.

6) Не можна буде вимагати від користувачів обов'язкового використання основних сервісів ключової компанії при намаганні ними отримати доступ до інших основних сервісів даної ключової компанії.

7) Вимога прозорості у стосунку до чи не найголовнішої сфери цифрової економіки – інтернет-реклами. Ключові компанії будуть зобов'язані надати на вимогу своїх користувачів на обох сторонах ринку (і рекламодавцям, і надавачам рекламних площ) інформацію про ціну та принципи ціноутворення кожної рекламної позиції, учасником якої є сторона запиту.

Наступна група вимог міститься у ст. 6. Йдеться власне про обов'язки, що можуть бути узгоджені у ході «регуляторного діалогу» між Комісією і кожним ключовим гравцем. Таких обов'язків є 11.

1) Ключові компанії, що конкурують вертикально зі своїми користувачами, не зможуть більше використовувати інформацію, що вони отримують про цих бізнес-користувачів у ході користування останніми послугами перших. Ключові компанії часто виконують роль і ринкової платформи, і продавця на цій платформі. Зрозуміло, що їхня можливість безконтрольного використання такої інформації зміцнює ринкові позиції цих компаній, і є шкідливими для конкуренції.

2) Також ключові компанії не зможуть застосовувати практики із надання переваг власним товарам чи послугам у спосіб обов'язкової вимоги із пре-інсталяції певних програм та заборону їх видалення.

3) Ключові компанії будуть зобов'язані надати дозвіл своїм користувачам інсталювання і не перешкоджати ефективному функціонуванню програм, вироблених третіми сторонами.

4) Заборонятиметься надання переваги власним товарам і послугам у рейтингах в пошукових системах. Це є одним із ключових способів отримання конкурентних переваг, і намагання хоч якось регламентувати дане складне і суперечливе питання є також відмітною ознакою реформи.

5) Ключові компанії не матимуть більше можливості забороняти своїм бізнес- та кінцевим користувачам технічне обмеження доступу до інсталювання програм, виготовлених третіми сторонами.

6) Наступна вимога стосуватиметься частковому уможливленню співіснування і повної функціональної сумісності програм, що надають послуги на ринках, на яких діють самі ключові компанії.

7) Наступна вимога розширює положення ст.5, що вимагає доступу до політики ціноутворення в секторі онлайн реклами. Дане положення розширює вимоги, зобов'язуючи доступ не лише до ціноутворення, але й до інструментів вимірювання ефективності реклами. Звичайно, даний обов'язок можливий лише на вимогу відповідного бізнес-користувача.

8) Користувачі зможуть при переході до платформи-конкурента перевести на неї усю інформацію про активність на попередній платформі.

9) З моменту вступу положень в дію, всі користувачі зможуть отримати повну інформацію про власну активність на даній платформі.

10) Також ключові компанії, що займаються послугами цифрового пошуку, повинні будуть надавати інформацію про рейтинги, кількість переглядів і інші релевантні параметри не лише користувачам (тобто, вертикально), але і компаніям-конкурентам.

11) Остання важлива вимога стосується обов'язку тих ключових компаній, що є активними на ринку мобільних застосувань. Вони будуть зобов'язані утриматись від накладання несправедливих комерційних та зокрема цінових

вимог до власних бізнес-користувачів, особливо, якщо вони також конкурують з ними вертикально.

Ст. 12 вимагає від ключових компаній повідомлення про всі злиття та поглинання. Справа тут полягає в тім, що за останні 20 років всі корпорації-цифрові гіганти здійснили велику кількість злиттів і поглинань, основною ціллю яких було недопущення масштабування потенційних конкурентів. Вони купувались на рівні старт-апів, і або використовувались для власного росту і входження на нові ринки, або просто не консервувались. Законодавство ЄС у сфері регулювання злиттів і поглинань передбачає істотні кількісні пороги для обов'язкового повідомлення злиття і поглинання Комісії. Основним критерієм є річний оборот. Зрозуміло, що при придбанні старт-апу, ринкова вартість якого могла б оцінюватися у мільярди євро, його річний оборот є достатньо низьким, щоб пройти під радаром вимог. Тож переважна більшість таких трансакцій проходила без відповідного контролю з боку Комісії. Змінити ці пороги не представляється можливим з огляду на те, що перегляд даного регламенту потребує одностайної підтримки всіх Держав-Членів ЄС. Тож за допомогою такого нового обов'язку Комісія принаймні отримує можливість моніторингу і ведення картотеки злиттів і поглинань всіх ключових гравців.

Ст. 13 законопроекту вимагає від даних компаній пояснення функціонування індивідуалізованих алгоритмів. Комісія не йде так далеко, щоб вимагати розкриття самих кодів, обмежуючись лише прикладною стороною справи, але сама по собі вимога є симптоматичною, виявляючи динаміку регуляційної боротьби між основними учасниками цифрових ринків і контролюючими органами.

В цілому весь масив нових обов'язків являє собою безпрецедентним переформатуванням правил ведення бізнесу на цифрових ринках. Основним завданням реформи є стимулювання конкуренції, передусім всередині

самих платформ (інтра-платформна конкуренція).¹¹ Однак опосередковано законопроект сприяє можливості виникнення (а на деяких ринках таки поживавлення) конкуренції між – а не всередині – платформами (інтер-платформна конкуренція).

Висновки для України

Для українського контексту дана реформа має два ключових взаємодоповнюючих наслідки: стратегічний і тактичний. В сенсі стратегічному, зміна парадигми регулювання цифрової економіки в ЄС означає доцільність такого ж – або порівнюваного за масштабами – переосмислення основ конкурентної політики України, щонайменше, у галузі цифрової економіки, а з огляду із її суцільного використання практично в усіх інших галузях – й значно ширше. Основними характеристиками даної парадигми є зростаюча (але принципово відмінна від планової економіки) роль держави в регулюванні ринкових стосунків, і у швидкості такого реагування як при порушенні правил основними учасниками ринку, так і на системні зміни, що обумовлені радше об'єктивними процесами, аніж прямими порушеннями правил окремими підприємствами. Окрім того, нова парадигма є значно більш диверсифікованою у сенсі нормативному: основні постулати Чиказької школи, що були і залишаються дороговказами при формуванні засад конкурентної політики у більшості країн світу, і які базуються до значно більшої міри на принципах невтручання держави і самодостатності ринкових процесів, піддаються даною реформою істотній ревізії. Останньою відмітною рисою нової моделі є так званий асиметричний підхід до суб'єктів регулювання. Даний підхід виокремлює із усього масиву

¹¹ Niamh Dunne, 'Platforms as Regulators', Draft, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3665007

учасників ринку виключно найбільших, стратегічних гравців, накладаючи на них низку додаткових обов'язків. І новий статус таких підприємств «ключових компаній» відзначається низкою додаткових обов'язків, що покликані щонайменше захистити, або і стимулювати конкуренцію на ринках з системними схильностями до моно- чи олігополізації. Відповідно до статті 7(2) Акту, такі індивідуалізовані зобов'язання (а за останніми повідомленнями доповідача даного законопроекту в Європейському Парламенті Андреаса Шваба йдеться про те, що цим статусом буде наділено буквально декілька ключових цифрових гігантів)¹² можуть бути уточнені при формальному регуляторному діалозі між Комісією і кожною з цих компаній.

Тож стратегічна важливість даної реформи для України полягає в тому, аби наше наближення до законодавства ЄС відбувалося у фарватері даних змін. Це допоможе уникнути ситуації некритичного абсорбування ідей та правил ЄС, котрі вже істотно переглянуті і уточнені самим Європейським Союзом. Тобто дана реформа також має бути частиною процесів гармонізації та адаптації. Тактична ж важливість законопроекту для України стосується не процесів формального зближення з ЄС, а самою суттю нової парадигми. Її важливість для економіки України не залежить напряму від формату стосунків між Україною та ЄС: вона збігатиметься зі стратегічною у разі вступу України в ЄС, але залишиться такою ж дієвою і корисною навіть у разі паралельного співіснування обох систем у будь-якому іншому форматі. Адже суть даної реформи полягає у розробці нового формату стосунків між регуляторами і ключовими учасниками цифрових ринків, що матимуть таку ж саму можливість практичного застосування у (практично) всіх *mutatis mutandis* країнах світу.

¹² Javier Espinoza, Interview with Andreas Schwab, 'Financial Times', 31 August 2021.

Список використаної літератури

Oles Andriychuk, ‘The Normative Foundations of European Competition Law: Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy’, Edward Elgar, 2017, p. 325.

Niamh Dunne, ‘Platforms as Regulators’, Draft, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3665007.

Thomas Cheng, ‘Competition Law in Developing Countries’, Oxford University Press, 2020, 580 p.

Pablo Ibáñez Colomo, ‘Protecting the ‘Law’ in Competition Law’, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 11, No. 7, 2021, p. 333.

Ioannis Lianos, ‘Polycentric Competition Law’, *Current Legal Problems*, Vol. 71, No. 1, 2018, pp. 162–191.

Giorgio Monti, ‘The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement’, TILEC Discussion Paper, 2021-004, 2021

Heike Schweitzer, ‘The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal’, *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 28, No. 3, 2021, pp. 1–35 (forthcoming).

Javier Espinoza, Interview with Andreas Schwab, ‘Financial Times’, 31 August 2021.