

# Прозрачность против конкуренции

*Партнер Antitrust Advisory Игорь Паншенский о том, как создание баз данных о движении товаров по товаропроизводящей цепи может повлиять на развитие конкуренции*

27 августа 00:40 | Игорь Паншенский / Для Ведомостей

В последние годы без излишнего шума под эгидой российского государства происходило формирование огромных массивов данных в отношении движения различных товаров по так называемой товаропроводящей цепи – от производителя до потребителя. Речь идет, в частности, об ЕГАИС, фискальных данных и – в самое последнее время – правилах маркировки отдельных, но все более многочисленных категорий товаров и создании информационной системы мониторинга (ИСМ), где Россия – один из мировых лидеров. Нельзя сказать, что создание таких систем данных не имело никакого общественного резонанса. Обсуждения, безусловно, были, но они в основном были посвящены заявленным публичным целям этих систем (прежде всего фискальным) и носили в целом отраслевой и технический характер. Из этих дискуссий практически полностью выпал важный аспект, относящийся к потенциальному влиянию этих систем на развитие конкуренции в России, – об этом я и хотел бы поговорить в этой статье.

Такие системы охватывают практически все данные, связанные с оборотом определенных категорий товаров (например, алкоголь, табак, лекарства, меха и все товары, продающиеся в розницу, применительно к фискальным данным), включая объемы продаж и цены с разбивкой на учетные единицы и розничных и оптовых продавцов. С юридической точки зрения «обладатели» таких данных – собственники товаров, продающие их на рынке. Тем не менее эти данные, если они актуальны, имеют значительную ценность для иных участников рынка, включая прямых конкурентов обладателей данных, а также производителей товаров и их конкурентов – для них ценность таких данных в конкурентной борьбе зачастую может быть даже больше, чем для иных участников оборота. Это связано с тем, что в современных рыночных условиях модель бизнеса большинства производителей предполагает их существенную вовлеченность в движение их товаров по всей товаропроводящей цепи вплоть до потребителей. Ведь именно на розничном рынке в значительной мере решается исход конкурентной борьбы между производителями, в то время как ритейлеры в известной мере лишь посредники в этой борьбе.

По этой причине производители, как правило, получают или покупают данные о продаже своих товаров у крупных ритейлеров. По этой же причине они пытаются получить, в пределах своего понимания дозволенного, информацию о продажах товаров конкурентов. Получение доступа к актуальным и детальным данным об объемах и ценах продаж продукции конкурентов в рамках всей товаропроводящей цепи или отдельных ее звеньев на практике позволяет производителям определить достаточно точно (с учетом информации из иных источников, в том числе публичных) стратегию и тактику конкурентов на соответствующем рынке и их эффект, например эффект ценовых и иных промоактивностей. Это, в свою очередь, позволяет им принять необходимые ответные меры для нейтрализации стратегии конкурентов, что в конечном счете может привести к снижению интенсивности и даже полному отказу от конкуренции на рынке.

Кроме того, получение таких данных о продукции конкурентов может быть инструментом реализации картелей. В частности, это может служить механизмом обеспечения договоренностей между конкурентами в отношении поддержания цен, раздела рынка по критерию объема, территории или по покупателям. Поэтому доступ к таким данным может способствовать заключению таких соглашений, так как это существенно облегчает контроль за их исполнением, без чего они не имеют смысла.

До сих пор никто в России не пытался оценить возможный эффект полной транспарентности этих данных для конкуренции на тех или иных рынках. Полагаю, что такой эффект на некоторых рынках – прежде всего на достаточно конкурентных, характеризующихся высоким уровнем концентрации при отсутствии монополии (например, рынки потребительских товаров, отдельных категорий продуктов питания, табачной продукции и т. п.) – может быть катастрофическим. При этом сам факт накопления этих данных в единой системе, такой как ИСМ, потенциально чреват утечкой или организованным «выплеском» данных на рынок. Учитывая их ценность для участников рынка и возможность заработать на их продаже в том или ином виде (например, в виде услуг по обработке данных), а также тот факт, что операторами соответствующих систем данных, кроме ЕГАИС, являются частные компании, этого нельзя исключать – если, конечно, государством не будут приняты нормативные меры, исключающие или ограничивающие такую возможность.

Сейчас все государственные системы сбора и хранения данных в России так или иначе предполагают признание права «первичных» обладателей данных (т. е. участников оборота, предоставляющих данные в соответствующую систему) на обеспечение их конфиденциальности. И это при том, что по крайней мере применительно к ИСМ и ЕГАИС государство прямо признано обладателем данных, аккумулируемых в этих системах. Я не буду сейчас останавливаться на достаточно техническом вопросе о том, как признание за государством статуса обладателя данных совместимо с правами на, по сути, те же данные их первичных обладателей, – это тема отдельной статьи. Такой дуализм прав на данные сопряжен с определенными проблемами – как актуальными, так и потенциальными. Остановлюсь на одной из них.

Защита прав первичных обладателей данных предполагает запрет на их передачу третьим лицам (кроме конкретных госорганов) без их согласия. При этом, однако, есть одно важное исключение, предусмотренное в новой статье 20.1 Закона о торговле в отношении ИСМ. В частности, он предусматривает право производителей подлежащих маркировке товаров на получение из ИСМ данных об обороте произведенных ими товаров, причем бесплатно и без каких-либо явных ограничений в отношении использования и дальнейшей передачи этих данных. Иначе говоря, признается право производителей на доступ к данным о движении их товаров по товаропроводящей цепи после их отчуждения, т. е. в отношении товаров, принадлежащих иным лицам.

Не нужно быть специалистом, чтобы заметить, что такое право производителей не очень вяжется с правом иных первичных обладателей данных на обеспечение конфиденциальности последних. Суть конфиденциальности заключается в праве запрещать передачу данных третьим лицам и требовать обеспечения их конфиденциальности получившими доступ к ним лицами, с тем чтобы обеспечить коммерческую ценность данных, обусловленную их неизвестностью третьим лицам. А в данном случае такая передача данных третьим лицам (производителям) не только прямо предусмотрена в законе, но и не сопряжена с какими-либо ограничениями в отношении получателей. Иначе говоря, последние могут эти данные передавать кому угодно, продавать, публиковать, лишая их всякой коммерческой ценности для первичных обладателей. По сути, это может означать полное умаление прав последних в отношении данных, предоставляемых ими в ИСМ.

Таким образом, статья 20.1 Закона о торговле содержит в себе видимое внутреннее противоречие и создает потенциальную коллизию между правами собственников товаров, предоставляющих данные в ИСМ в публичных интересах, и правами производителей этих товаров, получающих их из ИСМ для использования в своих частных интересах.

На мой взгляд, эта коллизия устранима, если предположить, что режим конфиденциальности распространяется на производителей как получателей этих данных из ИСМ. Согласно ст. 20.1 Закона о торговле порядок предоставления данных о движении товаров их производителям должен быть утвержден постановлением правительства (пока такое постановление не принято, но, насколько мне известно, сейчас идет его подготовка и обсуждение, в том числе с участием представителей соответствующих индустрий). Чтобы устранить эту коллизию, постановление должно прямо обязать производителей обеспечивать конфиденциальность получаемых ими из ИСМ данных в отношении товаров, принадлежащих иным участникам рынка. Мне могут возразить, что такое ограничение не предусмотрено ст. 20.1 Закона о торговле и, следовательно, ущемляет законные права производителей. Я не согласен с таким доводом. Закон лишь гарантирует безвозмездность получения данных, но не отсутствие иных ограничений, если они необходимы для защиты прав и законных интересов иных участников оборота.

Однако это решит лишь одну проблему защиты прав первичных обладателей данных, но не остальные проблемы, связанные с защитой конкуренции на соответствующих рынках. Приведу один пример. На практике производители могут быть прямыми конкурентами иных участников рынка, данные которых они будут получать из ИСМ. Например, если у производителя есть собственные магазины по продаже своих товаров потребителям или он продает их в интернете, что становится все более распространенной практикой, он конкурирует с ритейлерами, продающими такие же товары. В этом случае он фактически будет получать данные о продажах своих товаров конкурентами – независимыми ритейлерами, а ритейлеры при этом не будут получать данных о продажах производителя, поскольку они производителями не являются. Очевидно, что это ставит их в неравное конкурентное положение, создавая, по сути, дискриминационные условия на розничном рынке. Обосновано ли это?

Этот пример иллюстрирует более общую проблему, связанную с созданием ИСМ и иных систем мегаданных. Суть ее в том, что, хотя такие системы создаются в определенных заявленных публичных целях (в частности, фискальных, но не только – например, ст. 8 Закона о торговле относит к ним охрану жизни и здоровья человека, общественной морали и правопорядка, окружающей среды и даже безопасности государства), сами эти массивы данных представляют большую коммерческую ценность для участников рынка, становясь точкой преломления антагонистичных частных интересов, и несут в себе существенный антиконкурентный потенциал в случае их утечки или систематического раскрытия.

Поэтому, на мой взгляд, уже сейчас необходимо разработать с участием ФАС и нормативно закрепить продуманную государственную политику и принципы доступа к данным об обороте товаров с учетом всех упомянутых факторов. Такая политика не может быть нацелена лишь на защиту прав частных владельцев данных, так как их интересы не являются

публичными и не могут сами по себе гарантировать достижение публичных целей, включая защиту конкуренции. Например, они могут отказаться от конфиденциальности по тем или иным причинам, не осознавая последствий этого для конкуренции, или не придавая им значения, или даже не отдавая себе отчета в самом факте отказа, если он дается ими в форме согласия с пакетными условиями приобретения продукта, например кассового оборудования.

*Автор — партнер Antitrust Advisory*