

Российская Федерация¹
Круглый стол на тему «Права на данные потребителей
и влияние на конкуренцию»
Комитет по конкуренции ОЭСР
12 июня 2020 года

Введение

Данные потребителей цифровых услуг — это не только важный ресурс, позволяющий развивать экономику и персонализировать предложения на рынке, но и неотъемлемая характеристика индивидуального пользователя, его автономии. Несмотря на то, что данные сами по себе являются неконкурентными (“non-rivalrous”), и в целом их получение нетрудозатратно, а компании могут довольно быстро собрать большие массивы данных, некоторые категории данных - в первую очередь, персональные пользовательские данные - нуждаются в особом режиме обработки и использования. Контроль за обработкой и использованием пользовательских данных осуществляют наделенные соответствующей компетенцией регуляторы, однако нельзя допускать, чтобы получаемые участниками рынка массивы данных использовались недобросовестно как конкурентное преимущество, а эксклюзивный доступ к таким данным затруднял развитие конкуренции на рынке.

ФАС России в полной мере осознает необходимость контроля за неконкурентным использованием данных на цифровых рынках, при этом в процессе рассмотрения дел, затрагивающих права на данные потребителей, руководствуется Федеральным законом от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных».

В 2019 году ФАС России получила возможность на практике применить подходы к регулированию рынков, основанных на обороте данных, при рассмотрении дела в отношении онлайн площадок по поиску работы и кандидатов на вакансии - компаний HeadHunter, Superjob, Rabota.ru.

Дело в отношении онлайн площадок по поиску работы

Компании HeadHunter, Superjob, Rabota.ru владеют и управляют крупнейшими на территории Российской Федерации онлайн-площадками по поиску работы и кандидатов на вакансии - hh.ru, superjob.ru, rabota.ru.

¹ Доклад подготовлен ФАС России совместно с Центром по конкурентному законодательству и политике БРИКС и Ассоциацией антимонопольных экспертов

Указанные площадки являются участниками российского рынка услуг по обеспечению информационного взаимодействия соискателей, работодателей и кадровых агентств в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

Рынок услуг по обеспечению информационного взаимодействия соискателей, работодателей и кадровых агентств в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» является многосторонним товарным рынком с сетевыми эффектами, где такие платформы как hh.ru, superjob.ru, rabota.ru (далее - платформы) соединяют между собой соискателей и работодателей. Работодатели с целью более эффективного и быстрого отбора кандидатов при работе с указанными платформами используют различное вспомогательное программное обеспечение, например, программное обеспечение по автоматизированному подбору персонала.

Программное обеспечение по автоматизированному подбору персонала позволяет в автоматическом режиме по различным параметрам отобрать резюме кандидатов из баз данных платформ, пригласить данных кандидатов на собеседование, а также провести с кандидатами первичное собеседование с помощью голосового помощника. Деятельность сервисов по автоматизированному подбору персонала напрямую зависит от возможности доступа к соответствующим базам данных платформ.

Необходимо отметить, что прежде чем разместить на платформах свои резюме и персональные данные, пользователи принимают пользовательские соглашения на использование платформ и дают платформам согласие на обработку их персональных данных. Платформы обязаны получить указанное согласие во исполнение Федерального закона «О персональных данных» от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ. При этом платформы несут ответственность за надлежащую обработку персональных данных своих пользователей.

Размещая свои персональные данные и резюме на платформах, пользователи наполняют их базы данных. Тем самым платформы становятся привлекательными для потенциальных работодателей, так как те смогут найти на них подходящих кандидатов на свои вакансии. Таким образом, происходит появление многосторонней платформы.

В дальнейшем платформы используют свою накопленную базу данных для оказания различным сторонам платформы платных услуг (доступ к базе резюме, подбор подходящих кандидатов, подбор подходящих вакансий, помощь в составлении резюме и т.д.).

База данных становится основным источником прибыли для платформ, они стараются развивать (увеличивают емкости центров обработки данных, тренируют алгоритмы машинного обучения на информации из баз данных, применяют искусственный интеллект и т.д.)² и наполнять ее далее, а также защищают ее от посягательств третьих лиц.

Совокупность указанных процессов приводит к появлению на товарных рынках у отдельных платформ на этих рынках сетевых эффектов, которые помогают платформам наращивать долю рынка и даже служат источником доминирования платформ на рынках.

ФАС России было установлено, что пользовательские соглашения платформ hh.ru, superjob.ru, rabota.ru содержат в себе положения, запрещающие пользователям данных платформ (в том числе работодателям, оплатившим доступ к платформам) использовать стороннее программное обеспечение при работе с платформами без подтверждения факта, что такое стороннее программное обеспечение влияет и нарушает работу соответствующей платформы.

Кроме того, было установлено, что платформа hh.ru блокировала пользователей (работодателей) за использование стороннего программного обеспечения по автоматизированному подбору персонала и предлагала пользователям переходить на собственные программные продукты hh.ru аналогичной функциональности.

Положения пользовательских соглашений hh.ru, superjob.ru, rabota.ru, а также действия hh.ru по блокировке пользователей за использование стороннего программного обеспечения содержали в себе признаки нарушения антимонопольного законодательства, выразившиеся в создании препятствий

²**Пример.** Вот как HeadHunter Group PLC (платформа hh.ru) описывает применяемые ими в своей деятельности технологии:

Our AI uses machine-learning algorithms to analyze the data provided by our users as well as user behavior to offer job seekers and employers better functionality and enhanced service levels. For example, our Machine Learning Recommendation System provides job seekers with suggested relevant vacancies while offering employers recommendations based on their previous activity on the website.

Our AI system also efficiently assists with our CV moderation process. We evaluate and approve each CV submitted to our database to ensure quality, and for the year ended December 31, 2019, all of the CVs submitted to our database were screened by our AI and heuristics system, with on average approximately 70% of CVs receiving approval from our AI to be posted on our database without the need for further human action.

Источник:

<https://gov.sec.report/Archives/edgar/data/1721181/000119312520073148/d847382d20f.htm>

доступу на товарный рынок услуг по обеспечению информационного взаимодействия соискателей, работодателей и кадровых агентств в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для программного обеспечения по автоматизированному подбору персонала. На основании выявленных признаков ФАС России в отношении указанных платформ возбуждены дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В ходе рассмотрения дела отмечено, что программное обеспечение по автоматизированному подбору персонала взаимодействует с базами данных платформ посредством API (application programming interface). Использование API является надлежащей деловой практикой и позволяет сторонам контролировать процесс получения необходимой информации из баз данных платформ, а также обеспечивать условия для надлежащего и безопасного функционирования баз данных. Взаимодействие же не через API может приводить к негативным для платформ и баз данных последствиям в виде парсинга данных, нарушениям в работе, несанкционированной передаче и обработке персональных данных и т. д.

Рассмотрев указанное дело в отношении упомянутых компаний ФАС России пришла к выводу что в пользовательских соглашениях ООО «Суперджоб» (superjob.ru), ООО «РДВ-Софт» (rabota.ru) имеется раздел, посвященный взаимодействию стороннего программного обеспечения с базами данных указанных платформ через API, а также фактически такое взаимодействие происходит указанным способом. Также сами названные платформы не блокировали своих пользователей (работодателей) за использование стороннего программного обеспечения с базами данных. В таких действиях, по мнению ФАС России, нет нарушений антимонопольного законодательства.

Однако, в отношении ООО «Хэдхантер» (hh.ru) ФАС России установлено, что указанная платформа ограничила для стороннего сервиса взаимодействие по API, блокировало пользователей (работодателей) этого сервиса за его использование при работе с hh.ru, предлагало переходить на сервис аналогичной функциональности, который разработало hh.ru.

Указанные обстоятельства послужили препятствием к доступу на товарный рынок услуг по обеспечению информационного взаимодействия соискателей, работодателей и кадровых агентств в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для разработчика стороннего программного обеспечения по автоматизированному подбору персонала. В результате рассмотрения данного дела ООО «Хэдхантер» (hh.ru) признано нарушившим российское антимонопольное законодательство путем создания препятствий доступу на товарный рынок.

В ходе рассмотрения указанных дел одним из основных доводов платформ, обосновывающих ограничения в пользовательских соглашениях и фактические ограничения пользователей (работодателей), был довод о том, что использование работодателями сторонних сервисов при работе с базами данных может привести к компрометации персональных данных пользователей платформ и тем самым к нарушению Федерального закона «О персональных данных» от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ.

ФАС России был изучен указанный довод, по результатам чего он не был подтвержден. При надлежащем взаимодействии с базами данных платформ через API нарушений законодательства о персональных данных не должно происходить.

Таким образом, пример вышеуказанного поведения платформ по отношению к третьим лицам (в данном случае, поставщикам программного обеспечения по автоматизированному подбору персонала, используемому работодателями), показывает, что платформы стараются ограничить доступ к своим базам данных для них.

Указанное поведение продиктовано как коммерческими интересами платформ (замыкание потребителей на сервисы внутри платформы (walled garden)), так и обеспокоенностью за свои технологии и персональные данные потребителей, так как платформа не контролирует их обработку у третьих лиц.

В такой ситуации крайне важным становится вопрос обеспечения конкуренции и безопасности персональных данных потребителей. По мнению ФАС России, указанные цели могут стать достижимыми в том числе посредством открытия платформами доступа к своим данным через API.

При этом вопрос разработки стандартов API в разных сферах, а также вопрос условий доступа к таким API, остается открытым и его необходимо обсуждать со всеми заинтересованными лицами.

Антимонопольное законодательство и данные потребителей

В условиях развития цифровой экономики персональные данные пользователей становятся важным конкурентным преимуществом, и границы антимонопольного регулирования расширяются, поскольку динамично меняются формы антиконкурентного поведения участников рынков. В этом смысле решение ФАС России о признании компании HeadHunter нарушившей Закон о защите конкуренции представляется соответствующим мировым тенденциям в рассмотрении дел и оценке сделок, касающихся использования Больших данных, в том числе пользовательских данных (рассмотрение сделок Facebook/WhatsApp, Microsoft/LinkedIn, дело в

отношении Facebook, возбужденное Федеральным офисом по картелям в Германии). В целом, практики компаний, занимающих доминирующее положение на рынках и препятствующих доступу конкурентов к Большим данным для достижения “критической массы” данных, позволяющей им удержаться на рынке, уже уверенно могут считаться антиконкурентными.

Модели развития антимонопольного законодательства и практики его применения в Российской Федерации стараются учесть особенности функционирования цифровых рынков, рынков, зависящих от интеллектуальных прав, в том числе, прав на базы данных, а также учесть барьеры, ограничивающие вход на такие рынки.

Так, отметим, и это учтено в решении ФАС России по делу в отношении HeadHunter, что на многосторонних рынках уже сам размер актива данных цифровой платформы, включая данные пользователей, может препятствовать входу на рынок³. Особое внимание антимонопольного ведомства, таким образом, должно быть направлено на платформы, агрегирующие большие объемы данных, поскольку даже без явного намерения самой платформы конкуренция на таких рынках может быть ограничена. При этом важным является разделение между транзакционными и нетранзакционными рынками для определения уровня контроля, который платформа оказывает на взаимодействие нескольких сторон рынка⁴.

Для многосторонних рынков, помимо ограничения конкуренции *per se*, также возможны ситуации, когда платформа проводит политику эксклюзивности, ограничивая одну из сторон рынка в использовании других аналогичных платформ. Это увеличивает не прямые сетевые эффекты, привлекая пользователей с другой стороны рынка и тем самым увеличивая ресурс платформы в виде данных. Тем не менее, своеобразность процессов, происходящих на многосторонних цифровых рынках, требует от антимонопольного ведомства осторожности в оценивании и применения подхода case-by-case в рассмотрении возможных нарушений. Однако такой подход к рассмотрению конкретных дел не препятствует установлению в законодательстве критериев, которые учитывают известные на настоящий момент особенности функционирования цифровых рынков, основанных на данных.

Дело ВКонтакте vs Double Data (№ А40-18827/17-110-180)

³ BRICS Digital Competition Report, с. 133, с. 562.

⁴ Там же, с. 151.

Отдельно стоит отметить, что и правоприменительная практика судов в России сталкивается с вопросами взаимосвязи между Большими данными и конкуренцией на рынке.

Так, например, ООО «В Контакте» (аналог Facebook на российском рынке, далее – Вконтакте) предъявило иск к ООО «Дабл» (далее – Дабл) о запрете Дабл извлекать и использовать общедоступные данные пользователей из социальной сети «ВКонтакте». Дабл разработало программное обеспечение для поиска и проверки в открытых источниках в Интернете информации о физических лицах. Такое ПО используется банками для оценки кредитоспособности клиентов. Поиск осуществляется, в том числе, и по сайту «ВКонтакте» - по тем данным, которые пользователи предоставили в открытый доступ.

ВКонтакте заявило, что деятельность Дабл нарушает смежные исключительные права ВКонтакте на базу данных.

Дабл указало, что разработанное им программное обеспечение работает по принципу универсальных поисковых систем (Яндекс, Гугл и пр.), с тем отличием, что оно ищет информацию только о физических лицах и делает это с большей точностью. Дабл не формирует никаких собственных баз данных на основе данных ВКонтакте, а устанавливает своим клиентам ПО, с помощью которого сами клиенты могут производить поиск по открытым данным в сети интернет.

Суд первой инстанции отказал в удовлетворении иска ВКонтакте, суд апелляционной инстанции удовлетворил иск, СИП направил дело на новое рассмотрение в первую инстанцию.

Ключевые правовые вопросы, которые рассматриваются в рамках спора:

А) Является ли информация из открытых профилей пользователей «ВКонтакте» базой данных по смыслу ст.1334 ГК РФ и имеется ли у ВКонтакте исключительное право на нее?

По смыслу статьи 1334 ГК РФ для возникновения исключительного права изготовителя базы данных лицо должно понести существенные финансовые, организационные и иные затраты.

ВКонтакте обосновывало наличие у него исключительных смежных прав на базу данных пользователей тем, что:

- оно произвело и продолжает производить существенные материальные и организационные затраты на создание и поддержание инфраструктуры социальной сети, исключительно с помощью которой база данных пользователей существует и пополняется;

- наполнение и составление базы данных пользователей является целью соответствующих инвестиций;
- создание базы данных пользователей социальной сети является для общества важной задачей, поскольку существование социальной сети без пользователей (и базы данных о них) невозможно.

При этом ВКонтакте указало на свои обязательства перед всеми пользователями социальной сети по обеспечению защиты персональных данных пользователей от неправомерного или случайного доступа к ним, копирования, распространения воспроизведения, сбора, систематизации, хранения, передачи информации из социальной сети в коммерческих целях и/или в целях извлечения базы данных социальной сети в коммерческих или некоммерческих целях, или ее использования полностью или в любой части любым способом без согласия пользователя.

Дабл опровергало наличие у ВКонтакте исключительного права на базу данных следующим:

- действия ВКонтакте не подпадают под правила ст. 1334 ГК РФ, т.к. по ее смыслу лицо должно понести существенные финансовые, организационные и иные затраты, направленные именно на создание базы данных, а не на администрирование сайта. Исходя из сущности социальной сети, ВКонтакте не производит затрат на собирание элементов базы данных, т.к. наполнение базы данных осуществляют пользователи;
- база данных пользователей является «побочным продуктом» («spin off») деятельности ВКонтакте по администрированию социальной сети;
- все инвестиции ВКонтакте были направлены не на создание базы данных пользователей социальной сети, а на создание, поддержание и развитие самой социальной сети, тогда как база данных пользователей возникла у общества «В Контакте» незапланированно.

Б) Злоупотребление ВКонтакте правом

Дабл ссылалось на злоупотребление ВКонтакте своим правом, которое выразилось в:

- попытке присвоения обществом «В Контакте» данных пользователей и ущемлении их прав;
 - в противоречии публичного пользовательского соглашения общества «В Контакте» его действительному поведению;
 - в нарушении права неопределенного круга лиц на общедоступную информацию.
 - в действиях, направленных на монополизацию рынка пользовательских данных и являющихся недобросовестной конкуренцией.
- Признание

исключительного права на данные пользователей может привести к ограничению конкуренции, поскольку с рынка будут вытеснены компании, разрабатывающие и предлагающие свои алгоритмы поиска информации, в том числе сразу со множества сайтов в интернете.

На текущий момент дело находится на рассмотрении в суде первой инстанции.

Модернизация законодательства Российской Федерации в контексте цифровой экономики

Необходимость адаптации российского антимонопольного законодательства к реалиям цифровой экономики закреплена в нескольких программных документах, принятых на уровне Президента и Правительства Российской Федерации.

Основа модернизации антимонопольного законодательства заложена в Указе Президента Российской Федерации от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции»⁵, где одним из основополагающих принципов государственной политики по развитию конкуренции определен принцип совершенствования антимонопольного регулирования в условиях развития цифровой экономики и ее глобализации в целях эффективного пресечения нарушений антимонопольного законодательства, носящих трансграничный характер, и повышения конкурентоспособности российских компаний на мировых рынках.

В национальной программе «Цифровая экономика Российской Федерации», которая включает федеральный проект «Нормативное регулирование», предусмотрено внесение изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и/или иные нормативные правовые акты в части адаптации антимонопольного законодательства к потребностям цифровой экономики⁶.

В развитие данных ФАС России подготовлен проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и иные законодательные акты Российской Федерации», который предполагает изменения антимонопольного законодательства в условиях цифровой экономики.

⁵ <http://kremlin.ru/acts/bank/42622>

⁶ «Паспорт национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации» (утвержден президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24.12.2018 № 16).

1. Учет влияния платформенной экономики на конкуренцию при анализе рынков

Инициативы по модернизации антимонопольного законодательства Российской Федерации уделяют достаточное внимание особенностям рынков, основанных на Больших данных. Так, адаптация действующих механизмов регулирования конкуренции для цифровой экономики предусмотрена “пятым пакетом” изменений в антимонопольное законодательство, рассматриваемым Правительством Российской Федерации. В частности, предлагается закрепить понятия “цифровая платформа” и “сетевой эффект”, что позволит применять при анализе состояния конкуренции уже не теоретические, а закреплённые в законе модели. В законопроекте предусмотрено, что антимонопольный орган оценивает влияние сетевых эффектов и их воздействие на возможность участника цифрового рынка влиять на условия обращения товаров.

Предлагается разработать новые критерии доминирующего положения на рынке. Для этого законопроектом вводятся следующие кумулятивные условия: факт наличия сетевых эффектов у участника рынка при доле на рынке более 35% и выручке более 400 млн. рублей за календарный год.

Законопроект также уделяет влияние цифровизации рынков на контроль за экономической концентрацией. Так, чтобы учесть крупную стоимость цифровых активов, приобретение которых может быть предметом сделки, предлагается увеличение объема сделки, требующей предварительного согласования, до 7 млрд. рублей и выше. Кроме того, предусмотрена выдача предписаний об устранении дискриминационного доступа к данным, в том числе, к данным о потребителях.

Предлагаемые изменения, как и практика ФАС России, также следуют лучшим практикам адаптации антимонопольного регулирования к цифровой экономике (соответствующие планируемые изменения в Закон о защите конкуренции Германии, изменения в австрийском антимонопольном законодательстве, изменения в руководящие принципы контроля за экономической концентрацией Комиссии по конкуренции Японии).

2. Распространение антимонопольного законодательства на злоупотребления объектами интеллектуальной собственности

Компании, обладающие масштабными ресурсами интеллектуальной собственности (такими как, например, базы данных, алгоритмы сбора и обработки данных), могут злоупотреблять использованием таких ресурсов и мотивировать уход с рынков других участников, способствуя монополизации. Несмотря на то, что в Российской Федерации на настоящий момент предусмотрены исключения из антимонопольного контроля для

объектов интеллектуальной собственности (так называемые “антимонопольные иммунитеты”), ФАС России активно разрабатывает инициативы, направленные на распространение общих правил антимонопольного регулирования и на интеллектуальную собственность.

Самой весомой из таких инициатив представляется отмена антимонопольных иммунитетов для злоупотреблений доминирующим положением, картелей и ограничивающих конкуренцию соглашений, связанных с осуществлением прав на интеллектуальную собственность. Законопроект, предлагающий отменить в Законе о защите конкуренции исключения для результатов интеллектуальной собственности, в данный момент рассматривается Правительством Российской Федерации.

Заключение

Работа ФАС России по модернизации законодательства и правоприменения для целей цифровой экономики является частью работы антимонопольных ведомств и международных организаций по всему миру к изменениям, которые появление цифровых рынков влечет для экономики и потребителей. ФАС России готова продолжать, в том числе, в кооперации с зарубежными партнерами, следить за динамикой развития цифровых рынков и участвовать в создании лучших практик их регулирования.