

УДК 341.171

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v101.2024.7>*А. А. Жибак*

ПРИНЦИПИ ВІДПОВІДНОСТІ GATEKEEPERS ЗАКОНУ ПРО ЦИФРОВІ РИНКИ (DMA) ЯК ГАРАНТІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ КОРИСТУВАЧІВ ПОСЛУГ ОНЛАЙН-ПЛАТФОРМ

Вступ. Протягом останніх двох десятиліть спостерігається рух ЄС у напрямку правового регулювання цифрових послуг – від простих веб-сайтів до послуг інтернет-інфраструктури та онлайн-платформ. Визнання потреби не тільки в існуванні онлайн-платформ, але й в ефективній їх діяльності, посилює актуальність правового регулювання цього особливого інструменту цифрової економіки. Прийняття регуляторних рішень урядами окремих держав ЄС приводило до фрагментації внутрішнього ринку та ризику збільшення витрат на відповідність законодавству через різні набори національних регуляторних вимог. Для протидії недобросовісній практиці gatekeepers потрібні були єдині ефективні регуляторні гарантії на всій території ЄС.

Одним із елементів системи правового регулювання цифрової економіки став Закон про цифрові ринки (Digital Markets Act – DMA), схвалений Європейським парламентом та Радою ЄС 14.09.2022 (набув чинності 02.05.2023). Він встановлює гармонізовані правила ЄС, спрямовані на регулювання поведінки онлайн-платформ, що діють як gatekeepers.

Схваленню DMA передували відповідні консультації Європейської комісії із зацікавленими учасниками ринку, результати яких показали з однієї сторони неоднозначну реакцію великих онлайн-платформ, з іншої – рішучу підтримку громадянським суспільством запровадження нового інструменту gatekeepers та гарантій поваги до автономії та вибору споживачів. Встановлюючи для gatekeepers позитивні та негативні зобов'язання, DMA має на меті усунення слабкої конкуренції та нечесної практики на цифрових ринках, а Європейська комісія переконана, що у gatekeepers залишиться достатньо можливостей для інноваційної діяльності та пропозиції нових послуг. Разом з цим, DMA наділяє користувачів послуг gatekeepers правами, захист яких та ефективний вплив на ринок залежить від належної реалізації gatekeepers своїх зобов'язань.

Мета. Визначити принципи відповідності gatekeepers DMA щодо забезпечення конкуренції на цифрових ринках та захисту прав бізнес-користувачів та споживачів.

Виклад основного матеріалу. Домінування gatekeepers на ринках стало новою концепцією у законодавстві ЄС, що зумовило необхідність прийняття DMA з метою підвищення конкурентоспроможності європейських цифрових ринків.

В контексті DMA gatekeeper означає підприємство, використовуючи основну послугу якого бізнес-користувачі, яких повинно налічуватись не менше 10 тис протягом року, мають можливість охопити своїх споживачів, кількість яких – щонай-

менше 45 млн протягом місяця. Разом з цим, *gatekeeper* повинен мати значний вплив на внутрішній ринок ЄС – річний оборот дорівнює або перевищував 7,5 млрд євро в кожному з останніх трьох фінансових років або його середня ринкова капіталізація чи ринкова вартість становили щонайменше 75 млрд євро в останньому фінансовому році і однакова послуга основної платформи надається принаймні в трьох державах-членах ЄС [9].

Проблеми, які зумовили активізацію регуляторних ініціатив на ринку онлайн-платформ щодо їхньої діяльності як *gatekeepers*, були виявлені у результаті проведених досліджень компетентними державними органами та міжнародними організаціями:

- великі онлайн-платформи, які відіграють роль *gatekeepers*, контролюють доступ на ринки, визначають переможців, отримують непомірні гонорари, нав'язують жорсткі умови контракту, отримують конфіденційну інформацію від фізичних та юридичних осіб;

- онлайн-платформи використовують позиції *gatekeeper* для збереження своєї ринкової влади та посилення свого домінування, що може привести до встановлення «приватних» правил на ринку, зменшення інновацій, обмеження споживачів у виборі та погіршення конфіденційності;

- економічні особливості цифрових ринків (мережевий ефект, зворотній зв'язок, ефекти конгломерату та ін.) приводять до неможливості природного змагального процесу для досягнення конкурентних результатів [7, с. 9-10].

В ситуації, яка склалася з діяльністю *gatekeepers*, Генеральний прокурор США назвав їх домінування на ринках світу «найактуальнішою конкурентною проблемою сучасного покоління в той час, коли багато інструментів попередніх поколінь для оцінки та вирішення проблеми влади *gatekeepers* застаріли» [2].

Після набрання чинності DMA, Європейська комісія отримала повідомлення від компаній – потенційних *gatekeepers*, а згодом вперше призначила шість *gatekeepers*: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft. Ці компанії протягом наступних шести місяців зобов'язані підтвердити відповідність об'єктивним критеріям, які закріплені DMA, для кваліфікації великої онлайн-платформи як *gatekeeper* [6]. У своїх звітах *gatekeepers* повинні довести до відома Європейської комісії інформацію про вжиття заходів, спрямованих на забезпечення реалізації прав бізнес-користувачів та споживачів, які повинні мати можливість прямого доступу до послуг за справедливими цінами, серед великої кількості послуг обирати більш якісні, змінювати постачальника послуг тощо. Тому вбачається за доцільне, щоб звіти *gatekeepers* ґрунтувалися на певних принципах відповідності, проте їх DMA не закріплює.

Обов'язки *gatekeepers* містяться у статтях 5, 6, 7 DMA [9] та стосуються комплаєнсу щодо: роботи зданими; паритету цін на послуги; доступу до послуг; прозорості онлайн-реклами; інсталяції та налаштування програмного забезпечення; антиконкурентної переваги власних послуг; сумісності апаратних та програмних функцій. Відрізняючись від традиційного конкурентного законодавства, DMA закріплює перехід від антимонопольного втручання *ex post* до регулювання *ex ante* (хоча регулювання *ex post* в DMA також передбачене).

Варто відзначити, що на доктринальному рівні обґрунтовано переваги та недоліки кожного із підходів до забезпечення дотримання антимонопольного законодавства. У той же час в науковій літературі зверталася увага на посиленні останнім часом значення переходу від переважно регулювання *ex post* до регулювання *ex ante*, тобто посиленні попереднього впливу держави на ринкову поведінку суб'єктів господарювання, які лише мають намір або починають здійснювати антиконкурентні дії [1, с. 24]. Обов'язки *ex ante* відповідно до DMA застосовуються без будь-яких подальших розслідувань з боку Європейської комісії і не вимагається доказування ні з боку регулятора, ні з боку онлайн-платформи [11, с. 10].

Разом з тим, фахівці у сфері антимонопольного законодавства та конкуренції звертають увагу на деякі потенційні негативні наслідки впровадження регулювання *ex ante*:

1. «Брюссельський ефект», яким називають регуляторний вплив ЄС на глобальний ринок поза межами своєї юрисдикції, спонукає транснаціональні компанії діяти за межами Європи відповідно до правил ЄС, керуючись певними бізнес-стимулами. Для *gatekeepers* «брюссельський ефект» може зменшити різноманітність цифрових послуг, доступних в інших юрисдикціях в усьому світі.

2. Надмірний регуляторний тягар. Регулювання *ex ante* спрямоване на запобігання неконкурентній поведінці, проте деякі обов'язки можуть накладати додаткові обтяження на компанії, наприклад, обов'язок укладати угоди з конкурентами.

3. Важко прогнозовані наслідки реалізації вимог DMA для цифрових ринків. Як показує практика, ринкам цифрових платформ властивий швидкий і непередбачуваний розвиток, що ускладнює його прогнозування. Надмірне регулювання і широке трактування забороняючих норм може приводити до виникнення проблем у нових конкурентів, які швидко розвиваються, а не у відомих компаній, внаслідок чого втрати будуть нести споживачі [8, с. 18-20].

Додатково слід зазначити, що DMA не позбавлений також недоліків іншого характеру. Дослідження фахівців вказують на потенційні загрози національній та громадській безпеці, які містяться в приписах DMA. Йдеться про доступ до даних, отримати який та використати конфіденційну інформацію в своїх інтересах можуть злочинні організації чи уряди авторитарних держав [3, с. 9-15].

Згідно правил, встановлених DMA, прийняття *gatekeepers* рішення щодо того, як вони будуть виконувати свої обов'язки та подання звіту до Європейської комісії дає можливість здійснення регулятором попереднього впливу на діяльність цих онлайн-платформ. Разом з цим, приймаючи таке рішення, *gatekeepers* не обмежені у заходах досягнення ефективної відповідності, оскільки DMA не вказує їм, як саме це робити.

Європейська комісія опублікувала шаблон звіту, який *gatekeepers* повинні подавати та періодично оновлювати відповідно до ст. 11 DMA [10]. Щодо кожної основної послуги платформи, а також щодо кожного зобов'язання, встановленого в ст.ст. 5-7 DMA, *gatekeeper* повинен у звіті надати відповідну інформацію – вичерпне пояснення того, як він дотримується того чи іншого зобов'язання, включаючи будь-які докази цього та внутрішні документи; детальний опис будь-яких заходів, які забезпечують таку відповідність, із зазначенням, чи такі заходи вже

були запроваджені до призначення, чи вони були впроваджені після призначення gatekeeper; оцінку gatekeeper виконання зобов'язання, включаючи проведення зовнішнього або внутрішнього аудиту; перелік та стислий виклад будь-яких відгуків чи скарг бізнес-користувачів та споживачів щодо дотримання gatekeeper зобов'язань; список п'ятнадцяти найкращих бізнес-користувачів основної платформи gatekeeper за останній рік; за наявності підстав – пояснити, яке із зобов'язань, що стосується основної платформи, за своєю природою не може бути виконане тощо. Шаблон звіту Європейською комісією періодично буде оновлюватися.

Як було зазначено вище, DMA не містить принципів відповідності, закріплюючи при цьому перелік обов'язків, серед яких – обов'язок забезпечити та продемонструвати дотримання зобов'язань (ч. 1 ст. 8 DMA) [1]. В науковій літературі на це уже зверталася увага і, зокрема, було запропоновано п'ять принципів відповідності, які б стали економічно ефективним стандартом для gatekeepers та основою для моніторингу відповідності Європейською комісією:

1. Доступність. Забезпечення доступу до даних та послуг – бізнес-користувачі повинні мати можливість комунікувати із споживачами, укласти з ними договори; споживачам gatekeeper повинен дозволити доступ до контенту через основні послуги платформи; рекламодавці повинні мати доступ до даних, необхідних для оцінки ефективності основних сервісів основної платформи; споживачі повинні мати можливість перенесення даних, а бізнес-користувачі – доступ до даних споживачів, які дали на це згоду; gatekeeper повинен забезпечити належне функціонування міжособистісного зв'язку (чч.4, 5 ст. 5; чч. 7, 8, 9, 10, 11 ст. 6; ст.7 DMA).

2. Справедливість умов. Забезпечення недискримінаційних пропозицій –gatekeeper не повинен перешкоджати бізнес-користувачам пропонувати ті самі продукти чи послуги споживачам через сторонні онлайн-сервіси, а також перешкоджати або обмежувати їх у праві на оскарження до компетентних органів дій gatekeeper; gatekeeper не повинен використовувати, конкуруючи з бізнес-користувачами, будь-які дані, які генеруються або надаються цими бізнес-користувачами; gatekeeper повинен застосовувати прозорі, справедливі та недискримінаційні умови до рейтингу власних товарів та послуг чи аналогічних товарів та послуг третьої сторони, а також умови доступу бізнес-користувачів до своїх магазинів програмних додатків, пошукових систем та служб соціальних мереж в Інтернеті; gatekeeper зобов'язаний пропонувати прості умови припинення договору з надання послуг (ч.ч. 3, 6 ст. 5; чч. 2, 5, 12, 13 ст. 6 DMA).

3. Інформування. Надання інформації для користувачів, яка дозволить їм робити осмислений вибір – gatekeeper не має права обробляти з метою надання послуг онлайн-реклами персональні дані споживачів, які користуються послугами третіх сторін; для gatekeeper заборонено об'єднувати персональні дані з відповідної служби основної платформи з персональними даними сторонніх сервісів; gatekeeper не може перехресно використовувати персональні дані з відповідної служби основної платформи в інших послугах, що надає gatekeeper; gatekeeper повинен виконувати обов'язки з надання інформації щодо розміщення реклами (чч. 2, 9, 10 ст. 5 DMA).

4. Вибір. Надання користувачам можливості обирати послуги – користувачі повинні бути вільними у користуванні технічними послугами, які пропонує основна платформа, а також у виборі інших основних послуг платформи; споживачі повинні мати можливість видаляти будь-які програмні додатки в операційній системі *gatekeeper*, змінювати налаштування за замовчуванням; *gatekeeper* повинен дозволити встановлення та використання сторонніх програмних додатків та забезпечувати постачальникам апаратного забезпечення ефективну сумісність з апаратними та програмними функціями, що надає основна платформа (чч. 7, 8 ст. 5; чч. 3, 4, ст. 6 DMA).

5. Гнучкість. Забезпечення можливості для користувачів безперешкодного переключення між сервісами – *gatekeeper* не повинен обмежувати технічно або іншим чином здатність споживачів перемикатися між різними програмними додатками та послугами, доступ до яких здійснюється за допомогою основних служб платформи, підписуватися на них (ч. 6 ст. 6 DMA) [4, с. 4-5].

Практика показує, що існують певні протиріччя у відповідності надання послуг онлайн-платформами вимогам DMA щодо захисту прав користувачів. Наприклад, компанія Meta у 2023 році заявила, що заявила, що пропонуватиме платну версію своїх флагманських продуктів Facebook та Instagram без реклами користувачам, які не погоджуються на використання їхніх даних. Безкоштовна версія цих сервісів із підтримкою реклами залишатиметься доступною, якщо користувачі даватимуть згоду. Пропозиція «плати або погоджуйся» може вплинути на динаміку конкуренції на ринках платформ, а у користувачів буде три варіанти: 1) заплатити за версію без реклами, якщо вони не хочуть давати згоду; 2) використовувати безкоштовну версію з рекламою, якщо вони погоджуються; 3) знайти конкуруючого постачальника, якщо вони не бажають платити або давати згоду. Пропозицію «плати або погоджуйся» відносять до так званої «сірої зони», оскільки Європейська комісія та національні регулятори мають різні точки зору щодо її законності, проте все ж повинні прийняти рішення – чи є можливість платити за версію Meta без реклами або використовувати конкуруючі сервіси достатньою альтернативою, якщо користувачі не хочуть давати згоди. Якщо відповідь негативна – безкоштовна версія з підтримкою реклами не буде законною згідно DMA, оскільки згода є єдиним вибором для тих, хто хоче отримати доступ до безкоштовної версії з рекламою. Таким чином, якщо Meta хоче зберегти свою безкоштовну версію з підтримкою реклами, їй доведеться забезпечити, щоб версія з підтримкою реклами надавала вибір між прийняттям і відхиленням згоди – «прийняти або відхилити», на відміну від пропозиції «плати або погоджуйся» [5, с. 2-4].

Законодавче закріплення принципів відповідності, як незаперечних вимог до *gatekeepers*, забезпечило б гармонійне поєднання інтересів учасників цифрового ринку та визначили б шляхи вдосконалення правового регулювання цифрового сектору.

Висновки. Дослідження показало, що без встановлення ефективних правил забезпечення конкурентоспроможності та справедливості для ринку цифрового сектору загалом, а також для бізнес-користувачів та споживачів послуг основної платформи, що надаються *gatekeepers* зокрема, значний вплив останніх на ринок

може приводити до негативних наслідків. З метою забезпечення конкурентного та справедливого цифрового ринку був прийнятий DMA, який, доповнюючи конкурентне законодавство ЄС, став одним із перших інструментів для комплексного регулювання ринкової влади gatekeepers.

Аналіз зобов'язань, які закріплює DMA, дає можливість сформулювати принципи відповідності gatekeepers: доступність, справедливість умов, інформування, вибір, гнучкість. Очевидно, що цей перелік принципів не є вичерпним і може бути розширений. Важливим є те, що, оскільки основою DMA є обов'язки gatekeepers, виконання яких тісно пов'язане із захистом прав користувачів, визначення принципів відповідності дозволить регулятору оцінити, наскільки gatekeepers ефективно дотримуються своїх зобов'язань і як це може впливати на конкуренцію на цифрових ринках. Тому вбачається за доцільне включити принципи відповідності до шаблону звіту, який розробила Європейська комісія для gatekeepers.

Дослідження фахівців переконливо свідчить також про важливість і необхідність усунення недоліків окремих положень DMA, зокрема, щодо регулювання ex ante та доступу до даних користувачів. Очевидно, що вони будуть поступово виправлені в ході правозастосовної практики, проте на даний момент залишаються обґрунтовані побоювання учасників ринку щодо посилення державного регулювання в усьому світі, що у свою чергу може перешкоджати майбутньому технологічному прогресу в цифровому секторі.

Література

1. Лагутін В. Конкурентна політика держави: механізм реалізації. *Вісник КНТЕУ*. 2016. № 4. С. 22-37.
2. Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Opening Remarks at the Second Annual Spring Enforcers Summit. March 27, 2023. URL: <http://surl.li/qzqfr>
3. Lundqvist B. Reining in the Gatekeepers and Opening the Door to Security Risks. Injecting Security into European Tech Policy, February 23, 2023. URL: <http://surl.li/qzqfw>
4. Carugati C. Compliance principles for the Digital Markets Act. Policy Brief 21/2023, Bruegel. URL: <http://surl.li/qzqgb>
5. Carugati C. The “pay-or-consent” challenge for platform regulators. Bruegel analysis 32/2023 / 06 November 2023. URL: <http://surl.li/qzqgh>
6. Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers. URL: <http://surl.li/lbazy>
7. Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets. OECD 2021. URL: <http://surl.li/qzqgk>
8. Ex ante regulations. Competition Policy International. April 2023. URL: <http://surl.li/qzqgo>
9. REGULATION (EU) 2022/1925 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act). URL: <http://surl.li/qzqgp>
10. TEMPLATE FORM FOR REPORTING PURSUANT TO ARTICLE 11 OF REGULATION (EU) 2022/1925 (Digital Markets Act) (Compliance Report). URL: <http://surl.li/ralkd>
11. The EU Digital Markets Act. A Report from a Panel of Economic Experts. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021. URL: <http://surl.li/qzqgq>

Анотація

Жибак А. А. Принципи відповідності gatekeepers Закону про цифрові ринки (DMA) як гарантія забезпечення прав користувачів послуг онлайн-платформ. — Стаття.

У статті досліджено особливості встановлення відповідності gatekeepers обов'язкам, які покладені на них Законом про цифрові ринки (DMA), прийнятим Європейським парламентом та Радою ЄС, як

гарантію забезпечення прав бізнес-користувачів та споживачів послуг онлайн-платформ та обґрунтовано необхідність визначення принципів відповідності.

Враховуючи домінування великих онлайн-платформ на ринках, встановлено проблеми, що зумовили активізацію регуляторних ініціатив щодо їхньої діяльності як gatekeepers, ринкова влада яких може привести до неможливості природного змагального процесу для досягнення конкурентних результатів, зменшення інновацій, обмеження споживачів у виборі та погіршення конфіденційності. Без встановлення ефективних правил забезпечення конкурентоспроможності та справедливості для ринку цифрового сектору загалом, а також для бізнес-користувачів та споживачів послуг основної платформи, що надаються gatekeepers зокрема, значний вплив останніх на ринок може приводити до негативних наслідків.

Проаналізовано положення DMA, які містять обов'язки gatekeepers та визначено принципи відповідності gatekeepers своїм обов'язкам, законодавче закріплення яких забезпечило б гармонійне поєднання інтересів учасників цифрового ринку. У своїх звітах gatekeepers повинні довести до відома Європейської комісії інформацію про вжиття заходів, спрямованих на забезпечення реалізації прав бізнес-користувачів та споживачів, які повинні мати можливість прямого доступу до послуг за справедливими цінами, серед великої кількості послуг обирати більш якісні, змінювати постачальника послуг тощо. Тому вбачається за доцільне, щоб звіти gatekeepers ґрунтувалися на певних принципах відповідності, проте їх DMA не закріплює. Також вказано на недоліки регулювання ex ante, які відповідно до DMA застосовуються без будь-яких подальших розслідувань з боку регулятора і не вимагається доказування ні з його боку, ні з боку онлайн-платформи.

У висновках запропоновано приймати рішення про відповідність gatekeepers DMA, застосовуючи відповідні принципи, що дозволить регулятору оцінити, наскільки gatekeepers ефективно дотримуються своїх зобов'язань і як це може впливати на конкуренцію на цифрових ринках.

Ключові слова: онлайн-платформа, цифрова економіка, цифрові послуги, gatekeepers, конкуренція, антимонопольне законодавство, Європейська комісія.

Summary

Zhybak A. A. The gatekeepers compliance principles of the Digital Markets Act (DMA) as a guarantee of ensuring the rights of users of online platform services. – Article.

The article examines the specifics of establishing the compliance of gatekeepers with the obligations imposed on them by the Digital Markets Act (DMA), adopted by the European Parliament and the Council of the EU, as a guarantee of ensuring the rights of business users and consumers of online platform services, and substantiates the need to determine the principles of compliance.

Given the dominance of large online platforms in the markets, problems have been identified that led to the activation of regulatory initiatives regarding their activities as gatekeepers, whose market power can lead to the impossibility of the natural competitive process to achieve competitive results, reduce innovation, limit consumer choice and impair privacy. Without establishing effective rules to ensure competitiveness and fairness for the digital sector market in general, as well as for business users and consumers of the main platform services provided by gatekeepers in particular, the significant influence of the latter on the market can lead to negative consequences.

The provisions of the DMA, which contain the duties of gatekeepers, were analyzed and the principles of compliance of gatekeepers with their duties were determined, the legal consolidation of which would ensure a harmonious combination of the interests of digital market participants. In their reports, gatekeepers must inform the European Commission of information on the implementation of measures aimed at ensuring the realization of the rights of business users and consumers, who must be able to directly access services at fair prices, choose better quality services among a large number of services, change service providers, etc. Therefore, it is considered appropriate that the gatekeepers' reports are based on certain compliance principles, but they are not fixed by the DMA. It also points to the shortcomings of ex ante regulation, which, according to the DMA, are applied without any further investigation by the regulator and no proof is required either from the regulator or from the online platform.

The conclusions suggested that decisions on the compliance of DMA gatekeepers should be made by applying the relevant principles, which would allow the regulator to assess how effectively gatekeepers comply with their obligations and how this may affect competition in digital markets.

Key words: online platform, digital economy, digital services, gatekeepers, competition, antimonopoly legislation, European Commission.