

КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО

DOI: 10.31617/3.2024(137)01

УДК 340.12:316.77:[004:339.13

МАЗАРАКІ Наталія,

д. ю. н., професор,
завідувач кафедри міжнародного,
цивільного та комерційного права
Державного торговельно-економічного
університету
вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
n.mazaraki@knute.edu.ua

MAZARAKI Nataliia,

Doctor of Science (Law), Professor,
Head of the Department of International,
Civil and Commercial Law
State University of Trade and Economics
19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
ORCID: 0000-0002-1729-7846

ЖИБАК Андрій,

магістр, аспірант кафедри міжнародного,
цивільного та комерційного права
Державного торговельно-економічного
університету
вул. Кіото, 19, м. Київ, 02156, Україна
zhybakandrew@gmail.com

ZHYBAK Andriy,

Master, Postgraduate Student
of the Department of International,
Civil and Commercial Law
State University of Trade and Economics
19, Kyoto St., Kyiv, 02156, Ukraine
ORCID: 0000-0002-0714-2090

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ГЕЙТКІПЕРІВ, ЗАКРІПЛЕНІ В АКТІ ПРО ЦИФРОВІ РИНКИ

Зловживання цифровими гігантами своєю економічною владою окреслило проблематику спотворення конкуренції на ринку онлайн-послуг та виявило неефективність традиційного конкурентного права. Це стало поштовхом до прийняття Акта про цифрові ринки, спрямованого на специфічне регулювання цифрового сектору шляхом встановлення правил, що забезпечують конкурентоспроможність та справедливість на внутрішньому ринку ЄС. Гіпотеза дослідження полягає у підтвердженні переваг зобов'язань ex ante, які DMA накладає на онлайн-платформи зі статусом гейткіпер, щодо зміцнення справедливості та конкурентності, а також забезпечення прав бізнес-користувачів і споживачів у цифровому секторі економіки. Метою дослідження є функціональна характеристика зобов'язань онлайн-платформ зі статусом гейткіпер та визначення перспектив їх реалізації. Для досягнення мети використано методику доктринального аналізу, яка допомогла

GATEKEEPERS' OBLIGATIONS VESTED IN THE DIGITAL MARKETS ACT

The misuse of economic power by digital giants has highlighted the problem of distortion of competition in the online services market and the ineffectiveness of traditional competition law. This was the impetus for the adoption of the Digital Markets Act, which aims to specifically regulate the digital sector by establishing rules that ensure competitiveness and fairness in the EU internal market. The research hypothesis is to confirm the benefits of the ex ante obligations imposed by the DMA on online platforms with gatekeeper status in terms of strengthening fairness and competition, as well as ensuring the rights of business users and consumers in the digital sector of the economy. The purpose of the study is the functional description of the obligations of online platforms with gatekeeper status and the determination of prospects for their implementation. To achieve this goal, the method of doctrinal analysis was used, which helped to reveal the legal nature and peculiarities of the Digital



Copyright © 2024, Автор(и). Це стаття відкритого доступу, яка розповсюджується на умовах ліцензії Creative Commons Attribution License 4.0 (CC-BY) Міжнародна ліцензія, (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

розкрити правову природу й особливості Акта про цифрові ринки в цілому, а також зобов'язань гейткіперів зокрема. Зобов'язання *ex ante*, як поведінкові засоби правової охорони ринку ЄС від негативної ділової практики, спрямовані на недопущення потенційно небажаної поведінки гейткіперів, а також сприяють внутрішньо- і міжплатформній конкуренції та захищають її. Доведено, що асиметричність регулювання *ex ante*, конкурентність і справедливості цифрових ринків як ціль регулювання, самовиконуваний характер зобов'язань свідчать про новизну регуляторного режиму, запровадженого Актом про цифрові ринки. Надання Європейській комісії широкого кола повноважень щодо контролю за виконанням онлайн-платформами зобов'язань додає гнучкості регуляторному інструменту, який водночас потребує подальшого розвитку для того, щоб суттєво відрізнитися від традиційного конкурентного права.

Ключові слова: ЄС, цифрові ринки, конкуренція, онлайн-платформа, гейткіпер, зобов'язання, право ЄС.

Markets Act in general, as well as the gatekeeper obligations in particular. Ex ante obligations, as behavioral means of legal protection of the EU market against negative business practices, are aimed at preventing potentially undesirable behavior of gatekeepers, and also promote and protect intra- and cross-platform competition. It has been proven that the asymmetry of ex ante regulation, the competitiveness and fairness of digital markets as the goal of regulation, and the self-executing nature of obligations testify to the novelty of the regulatory regime introduced by the Digital Markets Act. Granting the European Commission a wide range of powers to monitor the compliance of online platforms with their obligations adds flexibility to the regulatory instrument, which, at the same time, requires further development in order to be significantly different from traditional competition law.

Keywords: EU, digital markets, competition, online platform, gatekeeper, obligations, EU law.

JEL Classification: K21, K33, K42, L40, L86.

Вступ

Традиційні підходи до захисту економічної конкуренції на цифрових ринках є неефективними щодо великих онлайн-платформ, які мають значну ринкову владу і у відносинах зі споживачами, і у відносинах із суб'єктами господарювання, що пропонують свої товари та послуги на цих онлайн-платформах (Crémer *et al.*, 2019, с. 39). Так, застосування інституту зловживання монополієм становить проблему щодо великих онлайн-платформ виявилось практично неможливим через специфіку цифрових ринків, проблемне визнання меж ринку (Gerasymenko & Mazaraki, 2022, с. 62–65), а також тривалість розслідувань та притягнення до відповідальності за спотворення економічної конкуренції.

Саме тому забезпечення добросовісної та чесної конкуренції на цифрових ринках потребувало концептуально іншого підходу (Montjoye *et al.*, 2019, с. 3; *Proposal for a Regulation 2020/0374*, 2020, пояснювальна записка), а саме визначення *ad hoc* зобов'язань до суб'єктів господарювання, що мають економічну владу на цифрових ринках. Такі зобов'язання закріплені у європейському Акті про цифрові ринки (далі – *DMA*) і стосуються певного спектра послуг – основних послуг онлайн-платформ та визначених суб'єктів господарювання – гейткіперів. Зобов'язання, яких налічується близько тридцяти, серед іншого включають вимоги щодо роботи з даними, паритету цін на послуги, доступу до послуг, прозорості онлайн-реклами, інсталяції та налаштування програмного забезпечення, антиконкурентної переваги власних послуг, сумісності апаратних і програмних функцій.

У свою чергу, зобов'язання гейткіперів мають різну правову природу та ступінь деталізації. Наукові дискусії щодо їх ефективності, наявності балансу між захистом економічної конкуренції на цифрових

ринках і стимулюванням інновацій, доцільності централізації контролю за дотриманням цих зобов'язань у руках Європейської комісії тривають із моменту оприлюднення проєкту *DMA* (Budzinski & Mendelsohn, 2021, с. 9–13).

Гіпотеза дослідження полягає у підтвердженні переваг зобов'язань *ex ante*, які *DMA* накладає на онлайн-платформи зі статусом гейткіпер, щодо зміцнення справедливості та конкурентності, а також забезпечення прав бізнес-користувачів і споживачів у цифровому секторі економіки.

Метою дослідження є функціональна характеристика зобов'язань онлайн-платформ зі статусом гейткіпер та визначення перспектив їх реалізації.

Використано методику доктринального аналізу, яка допомогла розкрити правову природу й особливості *DMA* в цілому, а також зобов'язань гейткіперів зокрема. Стаття складається з трьох розділів. Для окреслення проблематики спотворення конкуренції на цифрових ринках у першому розділі проаналізовано правозастосовну практику конкурентних відомств ЄС та США, адже саме справи проти великих онлайн-платформ підкреслили неефективність традиційного конкурентного права. У другому розділі розглянуто особливості концепції *DMA* з метою демонстрації логіки визначення зобов'язань гейткіперів. У третьому – комплексно продемонстровано особливості та виділено певні види зобов'язань гейткіперів, а також спрогнозовано проблематику правозастосування.

1. Антиконтентні практики онлайн-платформ: аналіз правозастосовної та судової практики

Проблеми, які зумовили активізацію регуляторних ініціатив на ринку онлайн-платформ щодо їхньої діяльності як гейткіперів, виявлено під час досліджень компетентними державними органами та міжнародними організаціями:

- великі онлайн-платформи, які відіграють роль гейткіперів, контролюють доступ на ринки нових учасників, отримують величезні прибутки, нав'язують жорсткі умови угод, обробляють і використовують персональну інформацію фізичних та юридичних осіб;
- онлайн-платформи використовують позиції гейткіперів для збереження своєї ринкової влади і посилення свого домінування, що має наслідком встановлення "приватних" правил на ринку, зменшення інновацій, обмеження споживачів у виборі та погіршення конфіденційності;
- економічні особливості цифрових ринків (мережевий ефект, зворотний зв'язок, ефекти конгломерату та ін.) призводять до неможливості природного змагального процесу для досягнення конкурентних результатів (OECD, 2021, с. 9–10).

Більше того, опитування бізнес-користувачів показали, що 46% з них стикалися з проблемами у ділових відносинах з онлайн-платформами; поміж активних бізнес-користувачів частка вища – 75%, серед яких 32% стикалися з проблемами часто (*European Commission*, 2017, с. 9). Практика боротьби з антиконкурентною поведінкою на цифрових ринках у свій час показала, що, незважаючи на анти-монопольні розслідування та накладення багатомільярдних штрафів, платформи-гейткіпери в Європі мало що зробили, щоб змінити свої антиконкурентні бізнес-моделі. Крім цього, регулювання *ex post* виражається у занадто тривалих розслідуваннях, які застосовуються лише після того, як гейткіпер допустив порушення конкурентних правил (*Enia*, 2022, с. 260). До набрання чинності *DMA* регулювання *ex ante* діяльності онлайн-платформ, спрямоване на попередження антиконкурентної поведінки, що допомогло б уникнути тривалих і дорогих антимонопольних розслідувань, не застосовувалося.

Доцільно зазначити, що вирішити проблемні ситуації, пов'язані з діяльністю гейткіперів, намагалися у США – країні, де цифровізація відбувається швидше, ніж в ЄС (*Ambrosio et al.*, 2020, с. 1–2). Генеральний прокурор США назвав домінування великих онлайн-платформ на ринках світу "найактуальнішою конкурентною проблемою сучасного покоління в той час, коли багато інструментів попередніх поколінь для оцінки та розв'язання проблеми влади гейткіперів застаріли" (*Press Release* 23-337, 2023). З огляду на зазначені виклики 24.06.2021 на голосування Конгресу США був винесений проєкт "Закону про припинення монополій платформ" (*Ending Platform Monopolies Act*, 2021), спрямований на боротьбу з неправомірними методами конкуренції на цифрових ринках, пов'язаних з домінуванням онлайн-платформ. Законопроект не був прийнятий, хоча за висновками фахівців його положення є ефективнішими для припинення зловживання гейткіперами своєю владою, ніж механізми, які для цього пропонує *DMA*.

Однією з причин, що зумовили необхідність законодавчого закріплення механізму накладання зобов'язань на онлайн-платформи, як зазначалося вище, були тривалі антимонопольні розслідування щодо їхньої антиконкурентної поведінки на ринку ЄС, а також подальші оскарження рішень конкурентних відомств. Наведемо приклади деяких розслідувань антиконкурентної поведінки онлайн-платформ, починаючи з 2000 р.:

- відмова *Microsoft Corporation* від надання інформації про сумісність та від надання дозволу на її використання з метою розробки і розповсюдження продуктів серверних операційних систем робочої групи та встановлення доступності операційної системи *Windows Client PC*. Розслідування розпочато 10.02.2000, а рішення прийнято 24.03.2004 (4 роки і 1 місяць) (*Case COMP/C-3/37.792*, 2004);

- зловживання *Microsoft Corporation* домінуючим становищем на ринку операційних систем для персональних комп'ютерів. Розслідування розпочато 14.01.2008, а рішення прийнято 16.12.2009 (1 рік і 11 місяців) (*Case COMP/C-3/39.530*, 2009);
- зловживання *Google Search* домінуючим становищем шляхом більш сприятливого позиціонування та відображення на сторінках загальних результатів пошуку власного сервісу порівняльних покупок порівняно з конкуруючими сервісами. Розслідування розпочато 30.11.2010, а рішення прийнято 27.06.2017 (6 років і 7 місяців) (*Case AT.39740*, 2017);
- зловживання *Google LLC* і *Alphabet Inc.* домінуючим становищем шляхом вчинення чотирьох антиконкурентних дій: 1) зв'язування додатка *Google Search* з магазином мобільних додатків *Play Store*; 2) зв'язування мобільного веббраузера *Google Chrome* із *Play Store* і додатком *Google Search*; 3) встановлення таких заборон для виробників обладнання: продавати пристрої на основі модифікованих версій *Android*; вчиняти дії, які можуть спричинити фрагментацію *Android*; розповсюджувати комплекти для розробки програмного забезпечення на базі *Android*; 4) здійснення виплат виробникам оригінального обладнання й операторам мобільного зв'язку за умови, що вони попередньо не встановлять конкуруючу службу загального пошуку на будь-якому пристрої в межах узгодженого портфолію. Розслідування розпочато 15.04.2015, а рішення прийнято 18.07.2018 (3 роки і 3 місяці) (*Case AT.40099*, 2018);
- встановлення обов'язку для постачальників електронних книг повідомляти *Amazon* про більш вигідні або альтернативні умови, які вони пропонують в інших місцях, та/або пропонувати *Amazon* умови, які прямо чи опосередковано залежать від умов, запропонованих іншому роздрібному продавцю електронних книг. Розслідування розпочато 11.06.2015, а рішення прийнято 04.05.2017 (1 рік і 11 місяців) (*Case AT.40153*, 2017);
- включення *Google Inc.* таких положень, як "застереження про ексклюзивність", "преміумплейсмент", "мінімальні оголошення", а також положення про авторизацію еквівалентних оголошень до угод з прямими партнерами про використання сервісів *Google*. Розслідування розпочато 14.07.2016, а рішення прийнято 20.03.2019 (2 роки і 8 місяців) (*Case AT.40411*, 2019);
- неправомірне використання *Amazon* персональних даних; встановлення умов і критеріїв, які сприяють штучній конкурентній перевазі власних роздрібних послуг та перевазі у виборі продавців. Розслідування розпочато 17.07.2019, а рішення прийнято 20.12.2022 (3 роки і 5 місяців) (*Case AT.40462*, 2022);
- антиконкурентна практика *Apple AppStore* на ринках поточного передавання музики, електронних і аудіокниг, що позбавляє споживачів більшого вибору та нижчих цін. Розслідування розпочато

16.06.2020, а рішення прийнято 04.03.2024 (3 роки і 8 місяців) (*Case AT.40437, 2024*);

- прив'язування *Meta* власного сервісу оголошень до власної соціальної мережі та нав'язування несправедливих торговельних умов конкурентам. Розслідування розпочато 04.06.2021 і триває (*Case AT.40684, 2021*).

Найскладнішою для врегулювання, наприклад, виявилася поведінка, яка полягала в більш сприятливому позиціюванні та відображенні компанією *Google Search* на сторінках загальних результатів пошуку власного сервісу порівняльних покупок проти конкуруючих сервісів порівняльних покупок. В апеляції на рішення Європейської комісії оскаржувалася законність правової кваліфікації надання переваги "самому собі" на підставі ст. 102 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЕС) та підіймалося питання, чи взагалі існує концепція зловживання, за допомогою якої підприємство, що займає домінуюче становище, надає перевагу власним товарам та послугам над товарами та послугами своїх конкурентів (*Case T-612/17, 2017*). За результатом розгляду апеляції Суд загальної юрисдикції ЄС майже повністю залишив у силі рішення Європейської комісії, визнавши обґрунтованими твердження останньої щодо антиконкурентної поведінки *Google Search* (*Case T-612/17, 2021*).

Водночас практика антимонопольних розслідувань та розгляду апеляцій у судах свідчить про те, що, беручи до уваги особливості цифрового ринку, Європейська комісія не проводила розслідування у тих випадках, коли передбачала неможливість кваліфікувати поведінку онлайн-платформи як домінуючу в розумінні традиційного конкурентного права ЄС. Така ситуація компенсувалася судовими провадженнями щодо онлайн-платформ на національному рівні. Так, рішенням Комерційного суду Парижа від 28.03.2022 до компанії *Google* застосовано санкції за недобросовісну комерційну практику у відносинах з розробниками пропозицій додатків на французькому ринку (*Case RG 2018017655, 2022*).

Таким чином, антиконкурентні дії онлайн-платформ стали можливими завдяки економічній владі, яку вони одночасно мають на декількох ринках, а також через акумулювання й ексклюзивний доступ до даних. Тривалі строки притягнення до відповідальності та припинення антиконкурентних практик показали, що такий підхід на цифрових ринках є неприйнятним. Поки конкурентні відомства проводять розслідування та застосовують відповідальність, онлайн-платформа набуває ще більшої економічної влади, обмежує конкуренцію і підвищує бар'єри для входу на ринок. Проблематика зводилася до необхідності законодавчого закріплення спеціального статусу за великими онлайн-платформами з подальшим накладанням на них зобов'язань.

2. DMA

Домінування онлайн-платформ на цифрових ринках стало новою концепцією гейткіпера у правотворчій практиці ЄС (*OECD*, 2021, с. 2), що привело до прийняття *DMA* з асиметричним регулюванням, звужуючи адресатів зобов'язань до окремих суб'єктів господарювання (на противагу традиційному конкурентному праву), які відповідають певним вимогам. Малоімовірно, що невелика онлайн-платформа, яка не має значної ринкової влади, зможе вчиняти домінантні дії, порушуючи антимонопольне законодавство. Тому положення *DMA* стосуються саме великих онлайн-платформ, які позбавлені ефективного конкурентного тиску та можуть зловживати своєю економічною владою.

З огляду на цілі *DMA* (*Regulation* 2022/1925, 2022, п. 79) його можна розглядати як регулювання, специфічне для цифрового сектору, спрямоване на встановлення правил, що забезпечують конкурентоспроможність і справедливість на внутрішньому ринку ЄС. Водночас його секторно-специфічне регулювання залишається спірним з економічної точки зору, зважаючи на те, що основні послуги платформи не визначені на підставі об'єктивних критеріїв, а обрані з урахуванням політичних факторів і не належать до окремого виробничого сектору, а призначення гейткіперів не ґрунтується на аналізі ринку (*Mendelsohn & Budzinski*, 2023, с. 13).

Серед методів покращення конкуренції на цифрових ринках, які закріплені в *DMA*, – перехід від антимонопольного втручання *ex post* (після правопорушення) до регулювання *ex ante* (для недопущення правопорушення). Це стало можливим завдяки більш активній ролі держави у регулюванні цифрової економічної діяльності в ЄС, аніж, наприклад, у США, де за основу береться базове регулювання ринку, щоб забезпечити вільну конкуренцію (Дзюкевич, 2023, с. 2). Саме те, що *DMA* надає інструменти для подолання системних обмежень регулювання *ex post*, свідчить про його новизну на процесуальному рівні, а не в змістовному аспекті (*Andriychuk*, 2023, с. 126).

Порівнюючи вищевказані типи регулювання, варто зауважити, що регулювання *ex post* призначене виключно для захисту конкуренції. Воно може привести до впровадження структурних засобів щодо правового захисту, передбачає одноразові втручання та має вузько-спрямовані цілі, використовуючи обмежений спектр інструментів.

Накладання зобов'язань *ex ante*, як поведінкових засобів правової охорони ринку ЄС від негативної ділової практики, має тенденцію превентивно реагувати на передбачувану небажану поведінку гейткіперів, а також не тільки захищає внутрішньо- та міжплатформну конкуренцію, але і сприяє їй, що приводить до активізації інноваційної діяльності на цифрових ринках.

Більшість зобов'язань визначаються таким чином, щоб бути "самовиконуваними", містяться в нормах прямої дії та не потребують додаткових рішень щодо їхньої реалізації. Водночас передбачена частина зобов'язань, які потребують уточнення Європейською комісією з метою ефективного їх виконання. Європейська комісія, вітаючи досягнення швидкої політичної угоди між Європейським парламентом та державами – членами ЄС щодо *DMA*, заявила, що важливою мотивацією регулювання *ex ante* є створення ефективного механізму примусового виконання, що забезпечує швидке дотримання чітких зобов'язань (*Press Release*, 2022), хоча фахівці у сфері антимонопольного законодавства та конкуренції звертають увагу на деякі потенційні негативні наслідки впровадження регулювання *ex ante* (*Bradshaw et al.*, 2023, с. 18–20).

Як зазначалося вище, накладання зобов'язань лише на великі онлайн-платформи зі статусом гейткіпер вказує на асиметричність регулювання *DMA*. За змістом ст. 3 (1, 2) *DMA* (*Regulation 2022/1925*, 2022) статус гейткіпера залежить від трьох якісних критеріїв: 1) значний вплив на внутрішній ринок; 2) надання основних послуг платформи; 3) міцне становище на ринку з такою ж перспективою у найближчому майбутньому. Кожен з якісних критеріїв включає кількісні пороги, у разі виконання яких якісний критерій вважається досягнутим, а за досягнення усіх критеріїв онлайн-платформа кваліфікується як гейткіпер. Фахівці переконані, що вищевказані економічні критерії слід серйозно враховувати при призначенні гейткіперів, оскільки *DMA* є нормативним актом, який спрямований на більш ефективний контроль над ринковою владою, ніж антимонопольне законодавство (*OECD*, 2022, с. 11).

Окремо слід звернути увагу на такий компонент концепції гейткіпера, як основні послуги платформи. Необхідною вимогою для того, щоб цифрова послуга підпадала під дію *DMA*, є те, що вона належить до основних послуг платформи. Їх приблизний перелік зазначений у ст. 2 *DMA* (*Regulation 2022/1925*, 2022), іноді з посиланням на інші нормативно-правові акти ЄС. Основні послуги платформи діють як ворота в цифровій економіці, здатні впливати на велику кількість споживачів та бізнес-користувачів, що саме по собі не є проблемою. Занепокоєння щодо можливої недобросовісної конкуренції виникають, коли основні послуги платформи стають обов'язковим шлюзом, тобто гейткіпером (*Regulation 2022/1925*, 2022, п. 14–15).

Набувши чинності, *DMA* одразу перейшов у правореалізаційну площину. Так, у терміни, встановлені *DMA*, Європейська комісія отримала повідомлення від компаній – потенційних гейткіперів, а вже 06.09.2023 вперше призначила шість гейткіперів із наданням відповідних основних послуг платформи: 1) *Alphabet* (онлайн-послуги посередництва *Google Shopping*, *Google Play*, *Google Maps*; пошукова система в Інтернеті *Google Search*; послуга обміну відео *YouTube*; операційна система *Google Android*; веббраузер *Google Chrome*;

рекламні послуги в Інтернеті); 2) *Amazon* (онлайн-послуга посередництва *Amazon marketplace*; послуга онлайн-реклами *Amazon Advertising*); 3) *Apple* (онлайн-послуга посередництва *App Store*; операційна система *iOS*; веббраузер *Safari*); 4) *ByteDance* (соціальна онлайн-мережа *TikTok*); 5) *Meta* (соціальні онлайн-мережі *Facebook* та *Instagram*; послуга онлайн-реклами *Meta Ads*; послуги міжособистісного спілкування *WhatsApp* та *Messenger*; онлайн-послуга посередництва *Marketplace*); 6) *Microsoft* (операційна система *Windows PC OS*; соціальна онлайн-мережа *LinkedIn*). Згодом, 29.04.2024, гейткіпером призначено *Apple* щодо її *iPadOS*, а 13.05.2024 – *Booking* щодо онлайн-послуги посередництва *Booking.com* (*Gatekeepers, n. d.*).

Набуття онлайн-платформою статусу гейткіпера відповідно до процедури, закріпленої у ст. 3 *DMA (Regulation 2022/1925, 2022)*, має наслідком накладення на нього спеціальних зобов'язань, які стосуються однієї чи декількох основних послуг платформи, з метою забезпечення існування конкурентних і справедливих цифрових ринків ЄС. Саме конкурентність і справедливість, зміст яких розкривається у пп. 32, 33 *DMA*, можна розглядати як атрибути правомірної поведінки гейткіперів, що є результатом належної реалізації зобов'язань. Практично всі зобов'язання, які накладає на гейткіперів *DMA*, впливають із практики розслідувань антиконкурентної поведінки на європейських ринках відповідно до ст. 102 ДФЄС, приклади яких наведено вище.

Зважаючи на важливість забезпечення виконання *DMA*, централізоване правозастосування у сфері контролю за виконанням зобов'язань має свої переваги, такі як відсутність необхідності у координації між різними контролюючими відомствами, зменшення ризику розбіжностей у тлумаченні зобов'язань, швидке прийняття рішень та єдність підходів, що сприяє постійному удосконаленню правозастосовної практики (*Monti, 2021, c. 92*). Адміністрування *DMA* здійснює Європейська комісія, якій належить виключна компетенція призначати гейткіперів, визначати, як повинні виконуватися зобов'язання, приймати імплементаційні акти для конкретизації зобов'язань, проводити розслідування, застосовувати санкції до правопорушників тощо, при цьому використовуючи досвід експертів у цифровій сфері та залучаючи до співпраці представників агентств і органів ЄС, громадських організацій та інших зацікавлених осіб. Завдяки своїм повноваженням щодо дослідження ринку Європейська комісія виступає гарантом відповідності зобов'язань гейткіперів реаліям цифрового сектору, який постійно розвивається.

3. Зобов'язання гейткіперів

Основою *DMA* є зобов'язання щодо надання основних послуг онлайн-платформами зі статусом гейткіпер, що дозволить обмежити їхню поведінку та спрямувати її на забезпечення режиму конкурентної

боротьби. Хоча максимальна точність визначення зобов'язань сприяла б уникненню непорозумінь щодо їх виконання, перелік зобов'язань у *DMA* не тільки великий, але й розпливчастий і непрозорий. Це зроблено не випадково, оскільки динамічний характер цифрових ринків неодмінно потребуватиме подальшої конкретизації зобов'язань у майбутньому (*Andriychuk, 2023, с. 127*).

У науковій літературі зобов'язання гейткіперів, залежно від форми їх реалізації, пропонується поділяти на негативні та позитивні (*Bostoen, 2023*). Негативні зобов'язання більш характерні для традиційного конкурентного права, їх необхідно дотримуватись, не вчиняючи дію або дії, які законом вчиняти заборонено. Позитивні зобов'язання, які менш властиві конкурентному праву, підлягають виконанню у формі активної поведінки суб'єкта, шляхом вчинення конкретно визначеної законом дії або дій у встановленому порядку. Практично всі негативні зобов'язання у *DMA* починаються словами "не повинен", а позитивні – "повинен". Для гейткіпера позитивні зобов'язання виконувати складніше, оскільки це потребує додаткових зусиль та витрат, детального планування відповідних дій тощо. Негативні зобов'язання, як правило, пов'язані зі справедливістю, яку ставить за мету *DMA*, та спрямовані на недопущення експлуатації гейткіперами бізнес-користувачів основних послуг платформи, а позитивні зобов'язання забезпечують активну конкуренцію між онлайн-платформами.

Законодавець виклав зобов'язання у ст.ст. 5, 6, 7 *DMA (Regulation 2022/1925, 2022)*. У ст. 5 наведено загальні зобов'язання щодо кожної з основних послуг платформи без необхідності подальшої їх конкретизації. Зобов'язання, які містить ст. 6, можуть бути додатково конкретизовані Європейською комісією для ефективного виконання. У ст. 7 закріплені зобов'язання, які також можуть бути уточнені, але вони стосуються виключно послуги міжособистісного зв'язку, яку надає гейткіпер.

Зважаючи на можливості гейткіпера мати потенційні переваги щодо накопичення даних, ст. 5 (2) *DMA* забороняє: використовувати персональні дані для онлайн-реклами, отримані гейткіпером через його послуги для третіх осіб; об'єднувати персональні дані, отримані через послуги гейткіпера чи третіх осіб; перехресно використовувати дані з однієї послуги гейткіпера в інших; об'єднувати персональні дані шляхом входу споживачів основної послуги платформи до іншої послуги. Винятки із вищевказаних заборон можливі у випадку надання згоди споживачем відповідно до вимог Загального регламенту ЄС про захист даних (*Regulation 2016/679, 2016*).

Ст. 5 (3) *DMA* містить заборону перешкоджати бізнес-користувачам пропонувати свої товари та послуги на більш вигідних умовах через інші послуги посередництва. Порушення гейткіпером цього зобов'язання обмежує конкуренцію між платформами, свободу бізнес-користувачів та вибір споживачів.

Надання гейткіпером можливості бізнес-користувачам спілкуватися зі споживачами вимагається ст. 5 (4) *DMA*, що дозволяє їм вступати у комерційні відносини незалежно від гейткіпера. Це зобов'язання відкриває доступ споживачам до інформації на платформі гейткіпера про альтернативні способи придбання товарів та послуг.

Відповідно до ст. 5 (5) *DMA* споживач повинен мати дозвіл на отримання доступу через основні послуги платформи гейткіпера до контенту, підписок чи інших функцій, використовуючи програмні додатки бізнес-користувача. Таким чином, споживачі можуть обирати альтернативні способи отримання послуг – через гейткіпера або через альтернативні канали.

Будь-які дії гейткіпера, спрямовані на обмеження засобів правового захисту бізнес-користувачів та споживачів, забороняє ст. 5 (6) *DMA*. Дотримання гейткіпером цього зобов'язання зберігає можливість оскаржувати його поведінку до компетентних європейських чи національних органів без жодних негативних наслідків для бізнес-користувачів чи споживачів.

Зобов'язання, передбачене у ст. 5 (7) *DMA*, спрямоване на захист бізнес-користувачів та споживачів від необхідності вибору лише однієї комбінації послуг і залежності від уніфікованого технічного рішення гейткіпера, водночас залишаючи їм право скористатися таким рішенням.

Щоб запобігти можливій перевазі гейткіпера у зборі даних та підвищенню бар'єрів для входу, ст. 5 (8) *DMA* забороняє вимагати від бізнес-користувачів або споживачів підписуватися на інші основні послуги платформи як умову для використання певної послуги. Це зобов'язання надає можливість вибору послуг платформи-гейткіпера та дозволяє уникнути отримання небажаних послуг.

Зобов'язання, передбачене ст. 5 (9) *DMA*, має на меті забезпечити прозорість умов і цін на послуги онлайн-реклами шляхом щоденного надання гейткіпером відповідної інформації рекламодавцям або їхнім уповноваженим особам. Ст. 5 (10) *DMA* розширює обов'язок гейткіперів надавати інформацію щодо онлайн-реклами, включаючи запити від видавців.

Відповідно до ст. 6 (2) *DMA* гейткіперу заборонено використовувати персональні дані бізнес-користувачів, отримані через їх комерційну діяльність з використанням основних послуг платформи, для конкуренції з цими ж бізнес-користувачами. Використовуючи такі дані, гейткіпер може отримати конкурентні переваги, якщо, наприклад, надає бізнес-користувачу основну послугу платформи для продажу певних товарів і водночас є їх постачальником.

Попередньо встановлене гейткіпером програмне забезпечення та налаштування за замовчуванням можуть потенційно надати йому перевагу над конкурентами. Тому ст. 6 (3) *DMA* зобов'язує гейткіпера дозволити видаляти програмне забезпечення (за винятком додатків, які є важливими для функціонування операційної системи або пристрою) та змінювати налаштування за замовчуванням.

Ст. 6 (4) *DMA* дає змогу споживачам використовувати широкий спектр програмного забезпечення, закріплюючи для гейткіпера зобов'язання дозволяти встановлення програмних додатків від інших постачальників та забезпечувати для цього технічну можливість. Гейткіпер може відступити від вимог цього зобов'язання, обґрунтувавши необхідність збереження цілісності апаратного забезпечення чи операційної системи.

Враховуючи, що позиція гейткіпера та дизайн платформи надають йому потенційну можливість використовувати своє становище на користь певного контенту, ст. 6 (5) *DMA* забороняє надавати перевагу власним товарам і послугам над аналогічними товарами та послугами третьої сторони у процесі їх пошуку, ранжування й індексації. Водночас конкурентним і справедливим залишається диференційоване ставлення до пропозицій товарів та послуг з огляду на їхню якість чи вартість. Ефективному дотриманню цього зобов'язання сприятимуть керівні роз'яснення Європейської комісії щодо належного обґрунтування диференційованого ставлення до подібних пропозицій.

Зобов'язання гейткіперів не перешкоджати споживачам перемикатися між різними програмними додатками або підписуватися на них (ст. 6 (6) *DMA*) забезпечує можливість ширшого вибору послуг. Гейткіперам заборонено створювати будь-які бар'єри для перемикання між додатками, однак зниження ціни на конкретний товар чи підвищення його якості не вважається порушенням цього обов'язку.

Для покращення конкуренції між гейткіпером та іншими постачальниками допоміжних послуг, пов'язаних з основними послугами платформи, ст. 6 (7) *DMA* гарантує інтеоперабельність, зобов'язуючи гейткіпера безкоштовно забезпечувати постачальникам послуг та апаратного забезпечення сумісність з операційними системами, апаратними і програмними функціями, доступними гейткіперу для власних послуг. Водночас гейткіпер має право вживати обґрунтованих заходів для захисту своєї операційної системи, апаратних і програмних функцій від загроз, які можуть виникнути через забезпечення такої сумісності.

Згідно зі ст. 6 (8) *DMA* гейткіпер зобов'язаний надавати рекламодателям і видавцям реклами безкоштовний доступ до інструментів для оцінки ефективності рекламних послуг. Виконання цього обов'язку дає змогу проводити незалежну перевірку, що сприяє підвищенню справедливості, прозорості та конкурентоспроможності у наданні послуг онлайн-реклами.

Зобов'язання надавати споживачам доступ до даних встановлює ст. 6 (9) *DMA*. На їх запит гейткіпер повинен безкоштовно надавати доступ до даних, пов'язаних з основною послугою платформи. Таким чином, споживачі не будуть прив'язані до платформи гейткіпера через ексклюзивний доступ до персональних даних та зможуть використовувати свої дані, згенеровані на одній платформі, для отримання послуг на інших платформах.

Доступ бізнес-користувачів до даних, у т. ч. персональних даних своїх споживачів, за їх згодою, гарантують приписи ст. 6 (10) *DMA*. Гейткіпери повинні забезпечувати безперервний доступ до таких даних у режимі реального часу за допомогою відповідних технічних заходів.

На підставі справедливих, обґрунтованих і недискримінаційних умов (умови *FRAND*) гейткіпери повинні надати доступ до даних, отриманих у результаті діяльності споживачів, на запит інших постачальників пошукових систем в Інтернеті відповідно до ст. 6 (11) *DMA*. Водночас персональні дані повинні бути анонімізовані, проте без погіршення їхньої якості. Доступ до даних дозволяє конкурентам гейткіпера покращити свої пошукові сервіси і зміцнити позицію на ринку.

Застосовувати умови *FRAND* гейткіпер зобов'язаний також щодо доступу бізнес-користувачів до магазинів додатків, пошукових систем та соціальних мереж у межах надання основних послуг платформи (ст. 6 (12) *DMA*). Гейткіпер повинен опублікувати загальні умови доступу, включаючи альтернативні механізми врегулювання спорів.

Виконання гейткіпером зобов'язання, передбаченого у ст. 6 (13) *DMA*, гарантує право бізнес-користувачів та споживачів на вільний вибір основної послуги платформи. Умови припинення договору про надання основних послуг повинні бути сформульовані гейткіпером таким чином, щоб бізнес-користувачі та споживачі могли ними скористатися безкоштовно і без особливих труднощів.

Якщо основні послуги платформи включають надання міжособистісного зв'язку без використання мобільного номера, гейткіпер зобов'язаний поетапно забезпечити інтероперабельність щонайменше тих функцій, які вказані у ст. 7 *DMA*. Водночас гейткіпер має право вживати обґрунтованих заходів для того, щоб постачальники незалежних від номера послуг міжособистісного зв'язку, які запитують сумісність, не ставили під загрозу цілісність, безпеку та конфіденційність його послуг.

Зобов'язання щодо кожної з основних послуг платформи гейткіпер повинен виконувати протягом шести місяців після його призначення та відобразити результати виконання у звіті, подати його Європейській комісії та опублікувати неконфіденційну версію на своєму сайті, оновлюючи її не менш ніж один раз на рік. Шість гейткіперів, вперше призначених відповідно до *DMA*, у березні 2024 р. вже підготували такі звіти, в яких детально описали розробку і вжиття відповідних заходів для виконання своїх зобов'язань (*Compliance reports, n. d.*).

Порядок реалізації гейткіперами зобов'язань включає необхідність дотримуватися певних строків, які обчислюються *DMA* в місяцях та роках, а щодо строків, які в межах своїх повноважень може встановлювати Європейська комісія, застосовується принцип розумності.

Застосування відповідальності за порушення гейткіперами зобов'язань *DMA* регулює таким чином, щоб забезпечити ефективність, пропорційність та стримування, беручи до уваги характер, тяжкість, повторюваність і тривалість порушення, враховуючи суспільні інтереси, які підлягають захисту, обсяг та вид здійснюваної діяльності, а також

економічну спроможність порушника. Водночас до гейткіпера, який підпадає під дію *DMA*, може бути застосована відповідальність згідно зі ст.ст. 101, 102 ДФЄС та актами національного законодавства. Проте застарілі приписи останнього навряд чи будуть застосовуватися до санкціонування поведінки гейткіперів, зважаючи на особливості цифрових ринків.

Висновки

Проблема економічної влади великих онлайн-платформ та їх домінування на цифрових ринках привела до створення нового спеціального регуляторного інструменту, який передбачає надання великим онлайн-платформам статусу гейткіпера та встановлює певні обмеження щодо їхньої поведінки. Перевагами закріпленого у *DMA* переліку зобов'язань з можливістю їх додаткової конкретизації Європейською комісією є підвищення правової визначеності та передбачуваності, полегшення дотримання правових приписів і контролю з боку регулюючих органів, зменшення потреби в судових провадженнях та ризиків розбіжностей у тлумаченні й реалізації зобов'язань.

Зобов'язання, які містить *DMA*, поширюються лише на ті основні послуги платформи, які заздалегідь визначені у рішенні Європейської комісії про призначення гейткіпера. Обмеження гейткіперів у діяльності на ринку (пасивні зобов'язання) та визначення дій, які вони повинні вчиняти (активні зобов'язання), належать до змісту регулювання *ex ante*, спрямованого на недопущення антиконкурентної поведінки і шкідливих наслідків для бізнес-користувачів та споживачів. Загалом зобов'язання спрямовані на забезпечення: запобігання антиконкурентному використанню гейткіпером своєї переваги на ринку; доступу бізнес-користувачам до онлайн-платформи та до даних споживачів; вибору й автономності щодо використання основних послуг онлайн-платформи; прозорості створення вартості онлайн-реклами.

DMA вирізняється новизною завдяки асиметричному регулюванню *ex ante* діяльності великих онлайн-платформ, визначенню конкурентності та справедливості цифрових ринків ціллю регулювання, самовиконуваному характеру регуляторного режиму. Тільки в складних ситуаціях, коли гейткіпер систематично порушує свої зобов'язання, Європейською комісією можуть бути впроваджені додаткові правові заходи для досягнення цілей *DMA*, що додає гнучкості регуляторному інструменту. Водночас забезпечення ефективності *DMA* потребує подальшого розвитку його положень для того, щоб суттєво відрізнитися від традиційного конкурентного законодавства.

Надалі у дослідженнях будуть вивчені та проаналізовані проблеми застосування *DMA* й актів національного законодавства, які регулюють діяльність гейткіперів, інституційний механізм імплементації положень *DMA*, а також практична ефективність регуляторних заходів щодо діяльності гейткіперів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ / REFERENCE

- Ambrosio, F., Rückert, D., & Weiss, C. (2020). *Who is prepared for the new digital age? Evidence from the EIB Investment Survey*. <http://surl.li/vpxgin>
- Andriychuk, O. (2023). Do DMA obligations for gatekeepers create entitlements for business users? *Journal of Antitrust Enforcement*, (11), 123–132. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnac034>
- Bostoen, F. (2023). Understanding the Digital Markets Act. *Antitrust Bulletin*, 68(2), 263–306. <http://surl.li/bntazj>
- Bradshaw, B., Herrick, P., & Jabouin, S. (2023). Upping the 'ante' on competition regulation: gambling with the future of Big Tech? *Tech REG Chronicle*, 13–21. <http://surl.li/qzqgo>
- Budzinski, O., & Mendelsohn, J. (2021). Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation? *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 27(154), 1–35.
- Case AT.40684 Facebook Marketplace. (2021). <http://surl.li/sxzmK>
- Case T-612/17 Judgment of the General Court (Ninth Chamber, Extended Composition). (2021, November 10). Google LLC, Alphabet, Inc. v European Commission. <http://surl.li/syzje>
- Case T-612/17: Action brought on 11.09.2017. (2017). Google and Alphabet v Commission. <http://surl.li/syyxg>
- Commission Decision of 04.05.2017 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40153 – E-book MFNs and related matters (Amazon)). (2017). <http://surl.li/sxxiy>
- Commission Decision of 16.12.2009 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/39.530 – Microsoft (tying)). (2009). <http://surl.li/xvvqoi>
- Commission Decision of 18.07.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40099 – Google Android). (2018). <http://surl.li/sxxdp>
- Commission Decision of 20.03.2019 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT. 40411 – Google Search (Ad Sense)). (2019). <http://surl.li/pmvvza>
- Commission Decision of 20.12.2022 relating to a proceeding under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40462 – Amazon Marketplace and AT.40703 – Amazon Buy Box). (2022). <http://surl.li/sxyff>
- Commission Decision of 24.05.2004 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the TFEU and Article 54 of the EEA Agreement against Microsoft Corporation (Case COMP/C-3/37.792 – Microsoft). (2004). <http://surl.li/sxvml>
- Commission Decision of 27.06.2017 relating to proceedings under Article 102 of the TFEU and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)). (2017). <http://surl.li/sxwqw>
- Compliance reports. (n. d.). <http://surl.li/ticya>
- Crémer, J., Montjoye, Y-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for the digital era*. Final report. Publications Office of the European Union. <http://surl.li/saosnq>
- Press Release. (2022). *Digital Markets Act: Commission welcomes political agreement on rules to ensure fair and open digital markets*. <http://surl.li/rzrtj>
- Ending Platform Monopolies Act*. H.R.3825. (2021). 117th Congress (2021–2022). <http://surl.li/sxpwj>
- Enia, P. R. (2022). A Continental Rift? The United States and European Union's Contrasting Approaches to Regulating the Monopolistic Behavior of Gatekeeper Platforms, *16 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* <http://surl.li/sxopn>
- European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Business-to-business relations in the online platform environment. (2017). *Final report*. Publications Office. <http://surl.li/lwfpfe>
- Gatekeepers*. The designation decision. (n. d.). <http://surl.li/szxxq>
- Gerasymenko, A., & Mazaraki, N. (2022). Competition law enforcement in Ukraine: challenges from on-line giants. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, (26), 57–74.

- Mendelsohn, J., & Budzinski, O. (2023). DMA: background, objectives, and its relationship to competition law. *New Digital Markets Act. A Practitioner's Guide*, 5–22.
- Monti, G. (2021). The Digital Markets Act: Improving Its Institutional Design. *European Competition and Regulatory Law Review*, 5(2), 90–101.
- Montjoye, Y., Schweitzer, H., & Crémer, J. (2019). *Competition policy for the digital era*. Publications office of the EU. <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>
- OECD. (2021). *Ex ante regulation of digital markets*. OECD Competition Committee Discussion Paper. <http://surl.li/qzqgk>
- OECD. (2022). *Gatekeeper Power in the Digital Economy: An Emerging Concept in EU Law*. Note by Alexandre de Streel. <http://surl.li/syzsf>
- Press Release 23-337. (2023). *Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Opening Remarks at the Second Annual Spring Enforcers Summit*. <http://surl.li/qzqfr>
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) – 2020/0374 (COD). (2020). <http://surl.li/swxac>
- Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). (2016). <http://surl.li/hwmobz>
- Regulation 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). (2022). <http://surl.li/qzqgp>
- Summary of Commission Decision of 04.03.2024 relating to a proceeding under Article 102 of TFEU and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40437 – Apple – App Store Practices (music streaming)). (2024). <http://surl.li/vzqlzf>
- | | |
|---|---|
| <i>Trib. com. Paris, 28 mars 2022, No. RG 2018017655. Google Inc c/ Ministre de l'  conomie. (2022). http://surl.li/xgxshb</i> | <i>Trib. com. Paris, March 28, 2022, No. RG 2018017655. Google Inc v. Minister of the Economy. (2022). http://surl.li/xgxshb</i> |
| Дзюкевич, К. (2023). Адаптація єдиного ринку ЄС до епохи цифровізації. <i>Економіка та суспільство</i> , (54), 1–5. https://doi.org/10.32782/2524-0072/2023-54-11 | Dziukevych, K. (2023). Adaptation of the EU single market to the era of digitalization. <i>Economy and society</i> , (54), 1–5. https://doi.org/10.32782/2524-0072/2023-54-11 |

Конфлікт інтересів. Автори заявляють, що вони не мають фінансових чи нефінансових конфліктів інтересів щодо цієї публікації; не мають відносин із державними органами, комерційними або некомерційними організаціями, які могли б бути зацікавлені у поданні цієї точки зору. З огляду на те, що автори працюють в установі, яка є видавцем журналу, що може зумовити потенційний конфлікт або підозру в упередженості, остаточне рішення про публікацію цієї статті (включно з вибором рецензентів та редакторів) приймалося тими членами редколегії, які не пов'язані з цією установою.

Стаття публікується на виконання гранту – Advocacy of European Rules of Competition, 101047657 – AERC – ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH.

Мазаракі Н., Жибак А. Зобов'язання гeyткiперiв, закрiплени в Акті про цифрові ринки. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2024. № 6. С. 4–19. Серія. Юридичні науки. [https://doi.org/10.31617/3.2024\(137\)01](https://doi.org/10.31617/3.2024(137)01)

*Надійшла до редакції 16.08.2024.
Прийнято до друку 25.09.2024.
Публікація онлайн 16.12.2024.*