

РЕГУЛИРОВАНИЕ IT / TMT: ОБЗОР ПРЕДСТОЯЩИХ ИЗМЕНЕНИЙ

Апрель 2020

Рынок IT-технологий как в мире в целом, так и в России в частности характеризуется прежде всего своей динамичностью и отсутствием исчерпывающей нормативной базы для его регулирования. В целях устранения существующих пробелов в российском законодательстве и его актуализации государственными органами ведется активная работа по разработке проектов новых нормативных актов и внесению изменений в уже существующие.

В настоящем обзоре мы уделим внимание наиболее принципиальным из анонсированных нормативных актов, которые могут повлечь системные изменения в отечественной IT / TMT индустрии:

- применение антимонопольных ограничений к соглашениям по распоряжению IP активами;
- запрет на использование иностранного софта на объектах критической информационной инфраструктуры;
- изменения в регулировании Big Data;
- использование отечественного софта государственными органами;
- обязательная предустановка российского программного обеспечения на технически сложные товары.



Законопроект ФАС России о внесении изменений в Закон о защите конкуренции

10.03.2020 г. на круглом столе в Аналитическом центре при Правительстве РФ состоялось экспертное обсуждение законопроекта ФАС России о внесении изменений в Федеральный закон № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (**«Закон о защите конкуренции»**).

Существо предлагаемых поправок заключается в установлении антимонопольных требований и ограничений к соглашениям и действиям по предоставлению или распоряжению правами на результаты интеллектуальной деятельности (**«РИД»**),. Предполагается, что ограничения коснутся заключаемых хозяйствующими субъектами лицензионных договоров и договоров об отчуждении исключительных прав (ст. 1233 ГК РФ). При этом, как сообщают разработчики, речь идет о регулировании не всех предусмотренных законом РИД, а только баз данных и программ для ЭВМ.

Более того, утверждается, что изменения не затронут существующие в настоящий момент «иммунитеты», установленные в ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции, согласно которым действие запретов на злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке и на заключение антиконкурентных соглашений не

распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на РИД, а также на соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении прав использования РИД.

Однако из содержания текущей версии законопроекта можно сделать иные выводы. Так, новая ст. 11.2 Закона о защите конкуренции должна распространить свое действие на отношения между хозяйствующими субъектами, возникающими только на следующих товарных рынках:

- рынок товаров, производимых с использованием результатов интеллектуальной деятельности, принадлежащих производителям;
- рынок программ для ЭВМ и баз данных.

Таким образом, вопреки заявлению разработчиков, новая статья де-факто распространит свое действие не только на программы для ЭВМ и базы данных, но и на иные РИД, используемые при производстве товаров.

Структурно ст. 11.2 состоит из трёх частей:

- в первой вводится запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов, действующих на указанных товарных рынках;

- во второй – запрет на заключение договоров об отчуждении исключительных прав на РИД (ст. 1234 ГК РФ) и (или) лицензионных договоров (ст. 1235 ГК РФ), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции на указанных выше товарных рынках;
- в третьей – запрет для субъектов, занимающих доминирующее положение на указанных товарных рынках, на совершение действий или бездействий по распоряжению правами на РИД, если это приведет к злоупотреблению доминирующим положением на рынке.

Перечень установленных запретов во многом дублирует соответствующие положения ст. 10 и 11 Закона о защите конкуренции и по сути своей нивелируют существующие антимонопольные «иммунитеты».

Необходимо заметить, что за последние 10 лет это не первая попытка ФАС России применить антимонопольные правила к отношениям в сфере интеллектуальной собственности (исключить антимонопольные «иммунитеты» из Закона о защите конкуренции). Такие попытки предпринимались ведомством посредством не только законодательных инициатив, но и судебных споров (к примеру, споры между фармацевтическими компаниями «Teva»

(Израиль) и «Биотек» (Россия) в 2016 г., а также между компаниями «Google» (США) и «Яндекс» (Россия) в 2015 г.).

До настоящего времени инициативы ФАС России в указанной сфере встречали активное сопротивление представителей бизнеса и не приводили к сколько-нибудь заметным изменениям. Среди аргументов против отмены антимонопольных «иммунитетов» часто звучат следующие:

- это лишит разработчиков ПО возможности самостоятельно выбирать необходимых им контрагентов, сделает невозможным формирование многоуровневых партнерских каналов;
- разработчики ПО утратят возможность самостоятельно определять цену своих продуктов и иные условия заключаемых лицензионных договоров и договоров об отчуждении исключительных прав;
- вмешательство ФАС России может разрушить цепочку из интеграторов, которая в настоящее время формируется между разработчиком и заказчиком ПО;
- следствием поправок может стать рост цен на ПО либо уход с рынка части продуктов, а также снижение инвестиционной привлекательности индустрии;
- поправки создадут риски злоупотреблений со стороны ФАС России при анализе условий лицензионных соглашений

особенно при их заключении в отношении дорогих инновационных продуктов, не имеющих аналогов.

Сторонники реформы, в свою очередь, заявляют, что предлагаемые меры позволят снизить риски монополизации рынка программ для ЭВМ и баз данных, в то время как для разработчиков ПО останется немало других возможностей для защиты своих разработок и получения поддержки со стороны государства.

В связи с этим, как представляется, предлагаемые поправки не могут не вызвать дискуссий при их обсуждении, особенно учитывая иностранный опыт. Например, в странах ЕС законодатель, если и распространяет нормы антимонопольного права на отношения хозяйствующих субъектов по поводу распоряжения правами на РИД, то делает это крайне осторожно, детально настраивая правовое регулирование под требования рынка.

Изменения, предлагаемые ФАС России, могут фундаментальным образом повлиять на отечественный ИТ рынок, однако, эту новость невозможно рассматривать в отрыве описанных далее изменений в нормативно-правовом регулировании ИТ индустрии.

Проект приказа ФСТЭК России об изменении критической информационной инфраструктуры

Федеральная служба по техническому и экспортному контролю России («ФСТЭК») подготовила проект приказа «О внесении

изменений в Требования по обеспечению безопасности значимых объектов критической информационной инфраструктуры Российской Федерации», утвержденные приказом ФСТЭК от 25.12.2017 г. № 239. Данные поправки разработаны во исполнение абз. 3 пп. «д» п. 1 Перечня поручений Президента РФ от 02.07.2019 г. № Пр-1180 по итогам специальной программы «Прямая линия с Владимиром Путиным» от 20.06.2019 г., п. 2 поручения Правительства РФ от 30.09.2019 г. № МА-П10-8353, а также поручения Правительства РФ от 07.11.2019 г. № ЮБ-П7-9664.

Согласно пояснительной записке к проекту приказа, нововведения направлены на использование в критической информационной инфраструктуре Российской Федерации преимущественно отечественного программного обеспечения и оборудования в целях обеспечения её технологической независимости и безопасности, а также создания условий для продвижения российской продукции.

Вносимые изменения касаются уточнения условий выбора программного обеспечения и оборудования, используемого в составе значимых объектов критической информационной инфраструктуры, а также порядка его принятия к эксплуатации на таких объектах.

Наибольший интерес представляет п. 32 проекта приказа, согласно которому в значимом объекте критической информационной

инфраструктуры не допускается техническая поддержка программных и программно-аппаратных средств, в том числе средств защиты информации, зарубежными организациями, а также организациями, находящимися под прямым или косвенным контролем иностранных физических и (или) юридических лиц.

Напомним, что в понятие критической информационной инфраструктуры, входят информационные системы, информационно-телекоммуникационные сети, автоматизированные системы управления различных предприятий, а также сети электросвязи, используемые для организации их взаимодействия (ст. 2 Федерального закона № 187-ФЗ «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации»).

Значимыми объектами данной инфраструктуры являются те из них, которым присвоена одна из категорий значимости в соответствии с указанным законом и которые включены в соответствующий реестр, который ведется ФСТЭК.

Как отмечают эксперты, такие меры могут иметь своей целью борьбу с коррупцией и шпионажем. В то же время они могут вызывать снижение качества систем, используемых в стратегически важных областях, ввиду отсутствия здоровой конкуренции с иностранными компаниями, а также повлечь за собой ответные меры иностранных государств.

Содержащаяся в настоящем обзоре информация предназначена исключительно для ознакомления и не может служить основанием для осуществления каких-либо действий или отказа от действий. Применение нормативных правовых актов, а также позиций судов может отличаться в зависимости от конкретных обстоятельств, а сами такие акты и / или позиции могут быть изменены. По всем вопросам применения информации из настоящего обзора следует обращаться за консультацией к соответствующему специалисту АБ ЕМПП. АБ ЕМПП не несет ответственности, в том числе связанной с профессиональной небрежностью, за ущерб, причиненный каким-либо лицам в результате действий или, напротив, отказа от действий на основании сведений, содержащихся в настоящем обзоре.

Законопроект Минкомсвязи о регулировании больших данных

14.02.2020 г. Минкомсвязи опубликовало на портале regulation.gov.ru законопроект о внесении изменений в Федеральный закон № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (**«Закон о защите информации»**). Как отмечают разработчики, цель законопроекта состоит в устранении правовых пробелов в регулировании оборота Big Data в России. Предполагается, что соответствующий закон должен вступить в силу в уже декабре.

В терминологии законопроекта категорией общих данных объединяется совокупность неперсонифицированных данных, классифицируемых по групповым признакам, полученных от различных владельцев данных либо из различных структурированных или неструктурированных источников данных, посредством сбора с использованием технологий, методов обработки данных, технических средств, обеспечивающих объединение указанной совокупности данных, ее повторное использование, систематическое обновление, форма представления которых не предполагает их отнесение к конкретному физическому лицу.

Помимо прочего, к большим данным относятся информационные и статистические сообщения, сведения о местоположении движимых

и недвижимых объектов, количественные и качественные характеристики видов деятельности, поведенческие аспекты движимых и недвижимых объектов.

Оператором больших данных может быть государственный или муниципальный орган, юридическое или физическое лицо, саморегулируемая организация или иное общественное объединение, не являющееся юридическим лицом, индивидуальный предприниматель, самостоятельно или совместно с другими лицами организующие или осуществляющие обработку больших данных, а также определяющие цели обработки больших данных, состав больших данных, подлежащих обработке, алгоритм действий, совершаемых с большими данными.

Под обработкой больших данных в законопроекте понимаются действия (операции) или совокупность действий, совершаемых с использованием средств автоматизации или без использования таких средств с большими данными, включая сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использованием, передачу (распространение, предоставление, доступ), удаление, уничтожение, а также анализ обрабатываемых больших данных.

Создание и ведение реестра операторов больших данных в порядке, установленном Правительством РФ, будет поручено

Роскомнадзору. Данное ведомство также будет осуществлять контроль за обработкой и оборотом больших данных.

Идея о передаче вопроса защиты данных граждан в ведение федеральных органов государственной власти была высказана генеральным директором группы компаний InfoWatch Н.Касперской на заседании рабочей группы по подготовке поправок в Конституцию РФ и нашла поддержку Президент РФ.

Однако ранее крупные участники IT рынка, члены Ассоциации больших данных, в том числе «Яндекс», Mail.ru Group, Сбербанк, Газпромбанк, «МегаФон», «Ростелеком», уже выступали за предоставление им возможностей для самостоятельного регулирования деятельности в данной области. В декабре 2019 г. ими был разработан кодекс этики использования данных, который должен был, по их мнению, лечь в основу регулирования оборота больших данных.

К нынешним же инициативам Минкомсвязи игроки рынка относятся настороженно и, как представляется, не безосновательно. Ряд экспертов видит в законопроекте предпосылки для создания неравных условий для российских и иностранных технологических компаний. Кроме того, прозвучало мнение, что закрепление единого определения больших данных в законе вряд ли можно называть целесообразным ввиду слишком большого разнообразия таких данных; в текущей редакции законопроекта под определение

оператора больших данных попадает практически любой человек, если он обрабатывает какую-либо информацию в принципе.

С данными мнениями сложно не согласиться, учитывая то, насколько пространным получилось определение в законопроекте. Из буквального толкования нормы следует, что большие данные включают в себя любую информацию как о человеке, его жизнедеятельности, так и о его имуществе. При этом под обработкой таких данных понимаются любые действия, совершаемые с ними в принципе.

Помимо этого, нельзя не отметить, что данный законопроект по своим целям и задачам во многом схож с Федеральным законом № 152-ФЗ «О персональных данных», однако, имеет более обширный предмет регулирования, что также вызывает вопрос о целесообразности его принятия и соотношении с существующими нормативными актами.

Завершившийся переход государственных органов на отечественное ПО и продолжающийся переход на отечественное ПО госкомпаний

План перехода госорганов на использование отечественного ПО был утвержден распоряжением Правительства РФ от 26.07.2016 г. № 1588-р и предполагал завершение такого перехода до конца 2018 г.

На данный момент в продолжение сформированного курса на импортозамещение действует Приказ Минкомсвязи России от 20.09.2018 г. № 486 «Об утверждении методических рекомендаций по переходу государственных компаний на преимущественное использование отечественного программного обеспечения, в том числе отечественного офисного программного обеспечения».

Указанным актом всем госкомпаниям (к которым, относятся в т.ч. компании с госучастием, государственные и муниципальные унитарные предприятия, государственные корпорации и т.д.) было рекомендовано составить план мероприятий по переходу на использование отечественного программного обеспечения на период с 2018 по 2021 гг. Помимо этого, были утверждены минимальные объемы закупок российского ПО, а также минимальная доля отечественного ПО, установленного и используемого госкомпаниями.

К 2021 г. доля такого ПО от общего количества используемого программного обеспечения в госкомпаниях должна будет составлять не менее 50%. Применительно же к отдельным видам оборудования (к примеру, системам хранения данных, системам виртуализации, системам управления базами данных) этот показатель должен составлять не менее 70 % или даже 90 %.

Указанная информация и не является новой, однако, должна быть учтена для формирования целостной картины процессов, протекающих в отрасли.

Изменения в Законе о защите прав потребителей об обязательной предустановке российского ПО на технически сложные товары

Соответствующие поправки были внесены в Закон РФ № 2300-1 «О защите прав потребителей» (**«Закон о защите прав потребителей»**) Федеральным законом от 02.12.2019 № 425-ФЗ «О внесении изменения в статью 4 Закона Российской Федерации "О защите прав потребителей».

Первоначально предполагалось, что они вступят в силу с 01.07.2020 г., однако ввиду неблагоприятной эпидемиологической обстановки, вызванной распространением вируса 2019-nCoV, законодателем было принято решение о переносе этого срока на 01.01.2021 г. (ст. 14 Федерального закона от 01.04.2020 г. № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций»).

Согласно введенному п. 4.1 ст. 4 Закона о защите прав потребителей, при продаже отдельных видов технически сложных товаров с предварительно установленными программами для ЭВМ

потребителю обеспечивается возможность использовать такие товары с предварительно установленными российскими программами для ЭВМ.

Перечень таких товаров, а также порядок предустановки на них российского ПО, определяется Правительством РФ. Проект соответствующего постановления Правительства РФ был подготовлен ФАС России в феврале 2020 г. и размещен на портале проектов нормативных актов РФ (regulation.gov.ru). Поскольку портал недоступен в настоящее время, приводим ссылку на иной источник, где можно ознакомиться с документом: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/56722816/>.

Проект предусматривает поэтапную установку российского ПО на разного рода потребительские электронные товары, продаваемые в РФ. К таким товарам были отнесены:

- гаджеты с сенсорными экранами, предназначенные для бытового использования;
- системные блоки, компьютеры стационарные и портативные, включая ноутбуки, и персональные ЭВМ;
- телевизоры с цифровым блоком управления.

В число предустанавливаемых российских программ вошли поисковые, антивирусные программы, навигаторы, мессенджеры, социальные сети, программы для доступа к электронному

правительству, почтовые сервисы, программы для бесплатного доступа к просмотру общероссийских теле- и радиоканалов, а также для использования национальных платежей.

Перечень конкретных программ, на которые распространяются указанные нормы, будет вести ФАС России и публиковать на своем сайте в сети «Интернет». Среди критериев, которым должно отвечать предустанавливаемое ПО, были указаны, помимо

прочего, следующие: не менее 100 тыс. скачиваний приложения в месяц, не менее 100 тыс. уникальных пользователей в месяц.

Как отмечают эксперты, такие решения обеспечат поддержку крупных разработчиков ПО, которые и без того занимают доминирующее положение на рынке. Небольшие же стартапы в такой ситуации останутся в невыгодном положении.

* * *

Существенная часть планируемых изменений носит ярко выраженный протекционистский характер, а также направлены на усиление государственного контроля за IT индустрией. На данный момент сложно дать объективную оценку возможных последствий указанных преобразований. На первый взгляд, они могут негативным образом повлиять на конкуренцию, привести к монополизации рынка крупными российскими IT компаниями, снижению качества товаров и услуг и повышению цен. В тоже время с помощью этих мер могут быть созданы условия для успешного развития российских стартапов, особенно в сферах информационной безопасности (в стратегически важных отраслях экономики) и защиты личных данных граждан.

АБ ЕМПП
17|2 Скаковая ул. | Москва, Россия
БЦ Скаковая 17| 8 ой этаж
Тел: +7 495 945-51-90
E-mail: info@empp.ru | web: www.empp.ru



КОНТАКТНАЯ ИНФОРМАЦИЯ



Мерген Дораев
Партнер
doraev@empp.ru



Петр Шевцов
Партнер
shevtsov@empp.ru



Леонид Мисник
Юрист
misnik@empp.ru

Содержащаяся в настоящем обзоре информация предназначена исключительно для ознакомления и не может служить основанием для осуществления каких-либо действий или отказа от действий. Применение нормативных правовых актов, а также позиций судов может отличаться в зависимости от конкретных обстоятельств, а сами такие акты и / или позиции могут быть изменены. По всем вопросам применения информации из настоящего обзора следует обращаться за консультацией к соответствующему специалисту АБ ЕМПП. АБ ЕМПП не несет ответственности, в том числе связанной с профессиональной небрежностью, за ущерб, причиненный каким-либо лицам в результате действий или, напротив, отказа от действий на основании сведений, содержащихся в настоящем обзоре.