



Многомиллионные штрафы
в Европе: истории мировых
брендов. Возможны ли
аналогичные прецеденты
в России?

ИЮЛЬ 2019

VEGAS LEX

СОДЕРЖАНИЕ

GOOGLE (AdSense Search): ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ НА РЫНКЕ УСЛУГ ПО ПРЕДСТАВЛЕНИЮ ОНЛАЙН-РЕКЛАМЫ ЧЕРЕЗ ПОИСКОВЫЕ РЕЗУЛЬТАТЫ.....	3
GUESS: АНТИКОНКУРЕНТНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ С ДИСТРИБЬЮТОРАМИ	4
QUALCOMM: ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ НА РЫНКЕ LTE-ЧИПОВ	6
GOOGLE: НАРУШЕНИЕ БАЗОВЫХ ПРИНЦИПОВ GDPR И ОБРАБОТКА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ БЕЗ СОГЛАСИЯ СУБЪЕКТА	7

Иностранные кейсы с наложением многомиллионных штрафов на мировых гигантов всегда привлекали внимание российской юридической публики. Особый интерес вызывает то, что зарубежные надзорные органы в меньшей степени связаны буквальным текстом нормативного акта и больше ориентированы на формирование стандартов поведения через прецеденты.

В рамках настоящего обзора эксперты VEGAS LEX проанализировали самые «дорогие» нарушения правил конкуренции и защиты персональных данных в Европейском союзе (далее – ЕС), а также примерили их к регулированию в России.

GOOGLE (AdSense Search): ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ НА РЫНКЕ УСЛУГ ПО ПРЕДСТАВЛЕНИЮ ОНЛАЙН-РЕКЛАМЫ ЧЕРЕЗ ПОИСКОВЫЕ РЕЗУЛЬТАТЫ

Участники: в июле 2016 года Еврокомиссия инициировала расследование в отношении компании Google и ее материнской компании Alphabet. Поводом для расследования послужила информация, полученная в ходе рассмотрения другого дела в отношении компании Google, которое касалось признаков злоупотребления доминирующим положением путем предоставления преимуществ своему сервису для сравнения покупок (comparison shopping).

Суть нарушения: AdSense Search — это специальная платформа, разработанная компанией Google, которая генерирует контекстные рекламные объявления при вводе пользователем поискового запроса. Основная задача платформы — помочь владельцам сайтов монетизировать контент. Веб-сайты с наличием функции поиска, помимо поисковых результатов по запросу пользователя, выдают также ряд рекламных объявлений. В случае если пользователь кликает на одно из таких объявлений, владелец сайта получает комиссию.

С 2006 года компания Google включала в договоры с владельцами сайтов условия об эксклюзивности, которые запрещали ее контрагентам размещать любые рекламные объявления, предоставленные аналогичными сервисами конкурентов.

С марта 2009 года Google смягчила свою политику в отношении работы с сайтами. Условия об эксклюзивности были заменены так называемыми условиями **premium placement** (приоритетное размещение). Согласно им владельцы ресурсов были обязаны резервировать наиболее популярные места в списке поисковых результатов для рекламы, предоставляемой сервисом Google. Кроме того, договоры предусматривали минимальное количество рекламных объявлений от сервиса Google, подлежащих размещению на странице.

Помимо этого, с марта 2009 года в договоры на использование AdSense Search также стали включаться условия о необходимости получения письменного одобрения Google на любые изменения внешнего вида рекламы, предоставляемой сервисами конкурентов. Таким образом, компания Google получила возможность контролировать, насколько привлекательной для пользователя выглядит конкурирующая реклама.

Анализ рынка: Еврокомиссия пришла к выводу, что Google занимает доминирующее положение на рынке услуг по предоставлению онлайн-рекламы через поисковые результаты (**online search advertising intermediation market**) на территории **Европейской экономической зоны (далее – ЕЭЗ)** с 2006 года. Доля компании в этот период варьировалась, но в среднем была приближена к **85%** рынка.

Еврокомиссия также установила, что рассматриваемый рынок характеризуется высокими барьерами входа. Для начала деятельности на рынке необходим существенный объем инвестиций на раз-

работку и поддержание технологии — платформы, аналогичной AdSense Search, а также достаточный портфель клиентов с обеих сторон: как владельцев сайтов, так и рекламодателей.

Результат: рассмотрение дела длилось почти три года, и только 20 марта 2019 года Еврокомиссия опубликовала информацию о том, что по данному делу принято решение. Компания Google оштрафована на [1 494 459 000 евро](#).

Как было бы в России: согласно действующим нормам Закона о защите конкуренции¹ подобные действия могли бы быть квалифицированы либо по пункту 3 части 1 статьи 10 (злоупотребление доминирующим положением путем навязывания контрагенту невыгодных условий), либо по части 4 статьи 11 (иное запрещенное соглашение, приводящее к ограничению конкуренции).

Первая квалификация возможна в случае, если антимонопольный орган установит факт навязывания контрагентам — владельцам сайтов ограничительных условий. Как правило, подобные факты устанавливаются путем анализа переписки и (или) переговоров, предшествующих заключению договора.

При отсутствии таких доказательств ФАС России могла бы квалифицировать поведение владельца платформы и контрагентов компании как заключение запрещенного соглашения, приводящего к ограничению конкуренции на рынке услуг по предоставлению онлайн-рекламы через поисковые результаты. Важно отметить, что при подобной квалификации по российскому праву к ответственности был бы привлечен не только владелец платформы, но и ее контрагенты.

GUESS: АНТИКОНКУРЕНТНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ С ДИСТРИБЬЮТОРАМИ

Участники: 6 июня 2017 года Еврокомиссия возбудила дело в отношении трех компаний: Guess?, Inc; Guess? Europe, B.V; Guess Europe Sagl.

Американская компания занимается производством, продажей и дистрибуцией одежды, обуви и аксессуаров, а также предоставляет право третьим лицам осуществлять производство и распространение широкого спектра своих товаров. При этом дистрибьюторы заключают договоры именно с Guess Europe².

Суть нарушения: компания Guess организовала систему селективной дистрибуции на основе трех типов соглашений с оптовыми, монобрендовыми и мультибрендовыми дистрибьюторами³.

Компания Guess также разработала комплексную стратегию электронной коммерции (далее – Стратегия), направленную в числе прочего на расширение канала онлайн-дистрибуции и перенаправление трафика на собственный веб-сайт. Для реализации Стратегии в соглашения с оптовыми, монобрендовыми и мультибрендовыми дистрибьюторами включались ограничительные положения в части:

- **онлайн-продаж** (требовалось получение предварительного согласия Guess для осуществления онлайн-продаж, при этом письменные критерии для дачи согласия/отказа не были установлены);
- **перекрестных продаж** (в рамках сети селективной дистрибуции Guess оптовым и розничным дистрибьюторам запрещалось продавать товары Guess другим дистрибьюторам);
- **продаж вне определенной в соглашениях территории** (запрещалось прода-

¹ Федеральный закон "О защите конкуренции" от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ.

² Для упрощения восприятия текста в дальнейшем компании как совместно, так и по отдельности будут обозначаться в качестве компании Guess.

³ Мультибрендовые дистрибьюторы обязаны соблюдать Общие условия продажи Guess Europe (General Sales Terms).

вать товары за пределами определенной в соглашениях территории);

- **самостоятельного определения цены перепродажи товара** (в общих условиях продаж Guess устанавливалась минимальная цена перепродажи товаров посредством рекомендованного прейскуранта; розничный дистрибьютор был вынужден продавать товары согласно данному прейскуранту, так как нарушение этого обязательства давало право Guess на возмещение причиненных убытков и прекращение последующих поставок продукции. При этом компания устанавливала более высокие розничные цены в Восточной Европе, чем в Западной Европе, при средней разнице в цене 5–10%).

Кроме того, фактически компания Guess также наложила **ограничения в отношении онлайн-рекламы**: дистрибьюторам запрещалось использовать бренд и товарные знаки в качестве ключевых слов в Google AdWords.

Анализ рынка: Еврокомиссия установила, что нарушение совершено **на территории 27 стран**⁴. При этом в географические границы не были включены Исландия (на данной территории продажи не осуществлялись), Франция, Испания и Португалия (для этих стран действовали особые общие условия продаж).

В продуктовые границы были включены продаваемые на оптовом и розничном уровнях одежда и аксессуары для муж-чин, женщин и детей (в частности, обувь, джинсы, купальники, нижнее белье, украшения)⁵.

В продуктовые границы не были включены товары, которые реализовывались Guess самостоятельно посредством собственных магазинов или веб-сайта и не распространялись сторонними розничными дистрибьюторами.

Результат: в декабре 2018 года Еврокомиссия признала Guess?, Inc; Guess? Europe, B.V; Guess Europe Sagi нарушившими статью 101 (1) Договора о функционировании ЕС и статью 53 (1) Соглашения о ЕЭЗ. С учетом сотрудничества компаний с Еврокомиссией размер штрафа был снижен на 50% и составил **39 821 000 евро**. Еврокомиссия также потребовала немедленно прекратить нарушение и не допускать аналогичных нарушений в будущем.

Как было бы в России: содержащиеся в соглашениях ограничения в части установления цены перепродажи товара, скорее всего, будут квалифицированы как нарушение пункта 1 части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции⁶. В данном случае также существует вероятность квалификации действий по части 5 статьи 11 Закона о защите конкуренции, если деятельность координатора и координируемых лиц осуществляется на разных товарных рынках⁷.

Запрет на продажу товаров вне определенной в соглашениях территории может быть квалифицирован по части 4 статьи 11, а также по части 5 статьи 11 Закона о защите конкуренции в случае, когда координатор осуществляет воздействие на дистрибьюторов, осуществляющих деятельность на ином товарном рынке, в це-

⁴ Австрия, Бельгия, Болгария, Хорватия, Кипр, Чехия, Дания, Эстония, Финляндия, Германия, Греция, Венгрия, Ирландия, Италия, Латвия, Лихтенштейн, Литва, Люксембург, Мальта, Нидерланды, Норвегия, Польша, Румыния, Словакия, Словения, Швеция и Великобритания.

⁵ Реализация товаров осуществлялась под товарными знаками: GUESS, GUESS?, GUESS U.S.A., GUESS Jeans, Triangle Design, MARCIANO, Question Mark and Triangle Design, a stylized G and a stylized M, GUESS Kids, Baby GUESS, YES, G by GUESS, GUESS by MARCIANO.

⁶ См., например, решение ФАС России от 10.09.2013 по делу № 1-11-116/00-22-12 (судебное дело № А40-181711/13).

⁷ См., например, решения ФАС России: от 26.02.2018 по делу № 1-11-18/00-22-17, от 14.03.2017 по делу № 1-11-59/00-22-16.

лях разделения товарного рынка по территориальному принципу⁸.

Что касается включения в соглашения ограничительных положений в части онлайн-рекламы, онлайн-продаж и перекрестных продаж, то наиболее вероятной представляется квалификация по части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции. При этом антимонопольный орган должен будет доказать, что данные соглашения привели к ограничению конкуренции.

QUALCOMM: ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ НА РЫНКЕ LTE-ЧИПОВ

Участники: в 2014 году Еврокомиссия по собственной инициативе начала проверку в отношении американской компании Qualcomm Inc. – крупнейшего мирового поставщика инновационных LTE-чипов, используемых в современных смартфонах. В дело также вступили американские компании Apple Inc. – ключевой потребитель LTE-чипов, закрывающий треть всего спроса на данный товар, а также NVIDIA Corp. – конкурент Qualcomm.

Суть нарушения: в 2011–2016 годах между Qualcomm и Apple действовал контракт на поставку LTE-чипов, устанавливающий для Apple запрет на закупку аналогичного товара у других поставщиков. При этом компания Qualcomm осуществляла регулярные выплаты в адрес Apple за эксклюзивные закупки. В случае нарушения запрета выплаты прекращались, а компания Apple была вынуждена вернуть существенную часть денежных средств.

Еврокомиссия установила, что компания Qualcomm фактически мешала конкурентам (другим производителям LTE-чипов) заключать контракты с Apple, ключевым потребителем, чем обеспечивала сохранение доминирующего положения. Кроме

того, компания Qualcomm демотивировала Apple на поиск альтернативных поставщиков.

Анализ рынка: Еврокомиссия пришла к выводу, что доля рынка Qualcomm в **мировом** масштабе составляла > 90%. Фактически регулятор выступил в защиту всех возможных поставщиков LTE-чипов в мире.

Результат: рассмотрение дела длилось более трех лет. В январе 2018 года Еврокомиссия признала компанию Qualcomm нарушившей Договор о функционировании ЕС и наложила штраф в размере **997 439 000 евро**, исчислив его от объема прямых и косвенных продаж LTE-чипов в ЕЭЗ за весь период нарушения (5 лет 6 месяцев и 23 дня).

Как было бы в России: Евразийская экономическая комиссия (ЕЭК) не обладает полномочиями на рассмотрение дел в отношении иностранных компаний, в связи с чем подобный спор был бы отнесен к компетенции ФАС России. Помимо опубликованных Еврокомиссией фактов, ФАС России также исследовала бы следующие вопросы:

- на чьей стороне возникала экономическая выгода от такого условия, учитывая выплаты в пользу Apple?
- имела ли компания Apple возможность удовлетворить потребность через других поставщиков или переключиться на взаимозаменяемые устройства?
- кто выступил инициатором условий об эксклюзивности закупок и встречных выплат?

Таким образом, в зависимости от совокупности обстоятельств подобные действия могли бы квалифицироваться как злоупотребление доминирующим положением в форме навязывания невыгодных условий или иное антиконкурентное соглашение, в случае установления экономической выгоды обеих сторон.

⁸ См., например, постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.04.2019 по делу № А34-9832/2018.

При этом, в отличие от правил исчисления штрафов в ЕС, в России штраф рассчитывается в процентах от выручки только за **один год**, предшествующий дате издания приказа о возбуждении дела.

GOOGLE: НАРУШЕНИЕ БАЗОВЫХ ПРИНЦИПОВ GDPR И ОБРАБОТКА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ БЕЗ СОГЛАСИЯ СУБЪЕКТА

Участники: в мае 2018, спустя всего несколько дней после вступления в силу Общего регламента по защите данных (далее – GDPR), ассоциации None Of Your Business и La Quadrature du Net обратились к французскому регулятору в сфере персональных данных (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, CNIL) с групповыми жалобами на действия Google, связанными с обработкой персональных данных пользователей.

Суть претензий состояла в том, что, во-первых, пользователи устройств на базе Android вынуждены принимать условия использования сервисов Google, для того чтобы пользоваться своими устройствами, и, во-вторых, Google обрабатывает пользовательские данные для целей поведенческого анализа и таргетированной рекламы без надлежащего правового основания.

Процедура: по результатам переговоров с другими европейскими регуляторами в области персональных данных CNIL принял решение не применять предусмотренный GDPR механизм "одного окна", когда расследование, связанное с трансграничной обработкой персональных данных, ведется одновременно несколькими национальными регуляторами, один из которых выступает координатором расследования.

Вместо этого французский регулятор провел расследование самостоятельно, обосновав это тем, что для включения механизма "одного окна" необходимо определить европейскую юрисдикцию, в которой находится центр принятия

решений оператора по поводу соответствующей обработки персональных данных. Вместе с тем, поскольку, по мнению CNIL, у Google такой центр принятия решений находится в США (а не, например, в Ирландии, как утверждал оператор), основания для применения указанного механизма и привлечения другого национального регулятора в качестве координатора отсутствуют.

Суть нарушения: французский регулятор установил два основных нарушения в действиях Google.

Во-первых, по мнению CNIL, компания предпринимает недостаточные усилия для предварительного информирования пользователей устройств Android об обработке их персональных данных при использовании сервисов Google. Так, среди прочего, регулятор указал, что наличие большого объема плохо структурированной информации об обработке пользовательских данных нарушает требования GDPR о "понятности" (*intelligibility*) и "доступности" (*accessibility*) такой информации для обычного пользователя.

Во-вторых, по мнению CNIL, согласие на обработку пользовательских данных для целей персонализированной рекламы является недействительным, поскольку не является в достаточной степени "информированным" (*informed*), "конкретным" (*specific*) и "недвусмысленным" (*unambiguous*).

Результат: французский регулятор наложил на Google штраф в размере **50 000 000 евро**, что на текущий момент является самым крупным штрафом за нарушение GDPR. При определении размера указанного штрафа CNIL учитывал среди прочего большое число пользователей, чьи права затронуты нарушениями компании, а также то обстоятельство, что Google извлекает значительные доходы из незаконного использования данных.

Как было бы в России: российское законодательство в части требований,

предъявляемых к согласию субъекта на обработку его персональных данных и в целом к информированности субъектов, во многом схоже с GDPR.

Ключевое отличие состоит в том, что Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ "О персональных данных" конкретизирует перечень информации об обработке, которая должна быть предоставлена субъекту, только для случаев, когда такая информация предоставляется "по просьбе" (то есть фактически по отдельному запросу) субъекта, а не в инициативном порядке, как того требует GDPR. По общему же правилу, российский закон лишь требует, чтобы согласие субъекта на обработку было "конкретным, информированным и сознательным".

Российская правоприменительная практика пока что менее требовательна в вопросе информирования субъектов персональных данных. Как правило,

ни Роскомнадзор, ни российские суды не уделяют существенного внимания оценке структурированности и доступности предоставляемой субъектам информации.

Наконец, размеры штрафов, предусмотренные КоАП РФ за аналогичные правонарушения, несопоставимы со штрафами по GDPR. На практике совокупные штрафные санкции за аналогичные нарушения, скорее всего, не превысили бы 100 000 рублей.

Вместе с тем российской правоприменительной практике знаком такой инструмент, как ограничение доступа к сайтам в сети Интернет (статья 15.5 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации"), который может применяться по заявлению Роскомнадзора к нарушителям законодательства о персональных данных.

Многომиллионные штрафы в Европе: истории мировых брендов. Возможны ли аналогичные прецеденты в России?

Авторы



АЛЕКСАНДРА ВАСЮХНОВА

Партнер,
Руководитель Группы
Технологий и Инвестиций

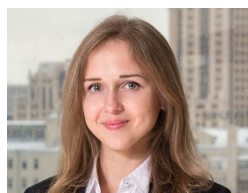
vasukhnova@vegaslex.ru



ДМИТРИЙ БОРОДИН

Старший юрист Группы
Технологий и Инвестиций

borodin@vegaslex.ru



АНАСТАСИЯ ЧЕРЕДОВА

Старший юрист
Коммерческой группы

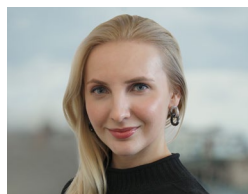
cheredova@vegaslex.ru



КСЕНИЯ ПОДГУЗОВА

Юрист
Коммерческой группы

podguzova@vegaslex.ru



АЛИНА ЗАЙЦЕВА

Юрист Коммерческой
группы

azaytseva@vegaslex.ru

Контакты



ЦЕНТРАЛЬНАЯ ДИРЕКЦИЯ

Россия, 115054, г. Москва,
Космодамианская наб., 52, стр. 5,
Бизнес-центр "Риверсайд Тауэрс"
(Riverside Towers), этаж 8

Тел. +7 495 933 0800

vegaslex@vegaslex.ru



ПОВОЛЖСКАЯ ДИРЕКЦИЯ

Россия, 400005,
г. Волгоград,
ул. Батальонная, 13,
этаж 1

Тел. +7 (8442) 26 63 12

volgograd@vegaslex.ru



ЮЖНАЯ ДИРЕКЦИЯ

Россия, 350000,
г. Краснодар,
ул. Буденного, 117/2
Бизнес-центр "КНГК Групп",
этаж 2

Тел. +7 (861) 201 98 42

krasnodar@vegaslex.ru

Подробную информацию об услугах VEGAS LEX Вы можете узнать на сайте www.vegaslex.ru
Настоящая публикация носит исключительно информационный характер и не является письменной консультацией по правовым вопросам. VEGAS LEX не несет никакой ответственности за применение всех или отдельных рекомендаций, изложенных в настоящей редакции. В случае необходимости VEGAS LEX рекомендует обратиться за профессиональной консультацией.