



Анализ состояния конкуренции на цифровых рынках: законодательные инициативы и российский опыт

июнь 2018

VEGAS LEX

Законодательные инициативы

Федеральная антимонопольная служба России в "пятом антимонопольном пакете" предполагает возможность в определенных случаях признавать занимающим доминирующее положение хозяйствующий субъект, владеющий инфраструктурой (платформой), которая предназначена для организации и обеспечения взаимодействия хозяйствующих субъектов и (или) потребителей, и занимающий на товарном рынке долю менее 35 %. В частности, речь идет о случаях, когда сетевые эффекты предоставляют такому лицу возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара и (или) устранять с рынка других лиц, и (или) затруднять доступ на соответствующий товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Параллельно ФАС России планирует разработать акт, регламентирующий особенности порядка проведения анализа состояния конкуренции на цифровых рынках¹.

Рассмотрим подробнее сформулированные в практике ФАС России подходы к анализу конкуренции на цифровых рынках, послужившие источником предлагаемых изменений законодательства.

Определение продуктовых границ цифровых рынков: кто является покупателем

В силу положений пункта 3.2 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке (далее – **Порядок**), утвержденного приказом ФАС России от 28 апреля 2010 года № 220, определение продуктовых границ товарного рынка основывается на мнении покупателей о взаимозаменяемости товаров, составляющих одну товарную группу.

В то же время на цифровом рынке могут присутствовать несколько групп потребителей, для которых ценность товара в значительной степени обусловлена наличием других групп потребителей.

Указанное свойство было характерно для дела Microsoft (дело № 1-00-168/00-11-16, Microsoft Corporation), в рамках которого ФАС России было указано, что потребителями товара – RTM-версий (финальных версий) операционной системы для стационарных компьютеров и ноутбуков – являются разработчики прикладного программного обеспечения, которые "руководствуются потребительской ценностью операционных систем (вместе с соответствующим аппаратным обеспечением) для конечных потребителей и способами их обращения на соответствующих товарных рынках"².

В некоторых случаях цифровые рынки связаны со смежными товарными рынками, но структура отношений на них не является многосторонней.

В качестве примера можно привести дело Google (дело № 1-14-21/00-11-15, Google Inc., Google Ireland Limited, ООО "Гугл"). Антимонопольная служба определила именно производителей мобильных устройств в качестве потребителей товара – предустановленного магазина приложений для ОС "Андроид". Аргументы ФАС России сводились к следующему: "Исходя из установленного факта, что магазин приложений может быть предустановлен только производителями мобильных устройств, приобретателями на товарном рынке являются производители мобильных устройств, которые предустанавливают магазины приложений на производимые ими устройства в целях последующей перепродажи магазинов приложений конечным пользователям в составе мобильных устройств"³. При

¹ См.: <https://fas.gov.ru/publications/15405>.

² Решение ФАС России от 15 августа 2017 года по делу № 1-00-168/00-11-16 о нарушении антимонопольного законодательства.

³ Решение ФАС России от 18 сентября 2015 года по делу № 1-14-21/00-11-15 о нарушении антимонопольного законодательства.

Этом антимонопольный орган учел материалы социологических исследований Romir и ВЦИОМ, в рамках которых проводились опросы именно конечных потребителей в части оценки потребительской ценности магазина приложений как предустановленного программного продукта.

И в деле Microsoft, и в деле Google антимонопольный орган учитывал только одну сторону цифровых рынков – экономическую активность между производителем и "промежуточным" приобретателем, что соответствует требованиям пункта 3.3 Порядка.

Однако полный анализ состояния конкуренции на цифровых рынках, имеющих преимущественно многосторонний характер, требует учета и другой стороны – экономической активности между "промежуточным" приобретателем и конечным пользователем. Спрос на определенный товар, изготавливаемый производителем, со стороны "промежуточных" приобретателей в значительной степени обусловлен последующим спросом со стороны конечных пользователей.

В правоприменительной практике антимонопольного органа пока отсутствуют случаи рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства на товарном рынке, в рамках которого функционирует несколько платформ. Анализ состояния конкуренции проводился в ходе рассмотрения ФАС России ходатайства Yandex N.V., Uber International C.V. о получении предварительного согласия антимонопольного органа на заключение соглашения о совместной деятельности на территории Российской Федерации. В решении и предписании ФАС России, выданных 24 ноября 2017 года по результатам рассмотрения указанного ходатайства, соответствующий товарный рынок определен как рынок по предоставлению услуг информационного взаимодействия водителей такси и пассажиров в Российской Федерации.

Однако преимущественно многосторонний характер цифровых рынков не свидетельствует о том, что смежные и активно влияющие друг на друга товарные рынки образуют единый рынок. Соответственно, необходим отдельный анализ состояния конкуренции на каждом из смежных товарных рынков и взаимодействие с иными товарными рынками в соответствии с рекомендациями пункта 9.5 Порядка.

При этом практика анализа состояния конкуренции на одном товарном рынке исключительно через неразрывную связь с другим товарным рынком получила негативную судебную оценку, в частности в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 12 апреля 2018 года по делу № А40-90347/2017 (дело о нарушении антимонопольного законодательства ПАО "ВымпелКом", ООО "Т2 Мобайл", ПАО "МТС", ПАО "Мегафон").

Определение географических границ цифровых рынков: все возможно

Глобальный характер цифровых рынков может вызывать значительные затруднения при определении географических границ товарного рынка.

В соответствии с частью 2 статьи 3 Федерального закона от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее – **Закон о защите конкуренции**) положения Закона о защите конкуренции применяются к достигнутым за пределами территории Российской Федерации соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории Российской Федерации.

При этом согласно пункту 4.1 Порядка процедура определения географических границ товарного рынка включает в числе прочего выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические

возможности приобретения товара приобретателями.

При определении территории Российской Федерации в качестве географических границ товарного рынка в рамках дела Google антимонопольный орган отметил, что правовое значение имеет факт локализации предустановленного магазина приложений для ОС "Андроид" для распространения на территории Российской Федерации. При этом признаки локализации были определены следующим образом: "Главным фактором, ограничивающим распространение предустановленного магазина приложений, является язык его интерфейса, набор предлагаемых приложений и необходимость соблюдения требований национального законодательства. Соответственно, мобильные устройства под управлением ОС "Андроид", содержащие предустановленный магазин приложений Google Play, должны быть адаптированы под потребности пользователей отдельной страны – в данном случае Российской Федерации".

Сравним с делом Microsoft: "Получение RTM-версий операционных систем для адаптации прикладного программного обеспечения осуществляется вне физических каналов распространения. Учитывая фактически сложившийся порядок получения операционных систем разработчиками, географические границы рынка операционных систем для стационарных компьютеров и ноутбуков для адаптации прикладного программного обеспечения определены как глобальные". Вместе с тем в дальнейшем антимонопольный орган, руководствуясь характером неразрывной связанности и взаимозависимости (а) рынка операционных систем для конечных пользователей и (б) рынка операционных систем для разработчиков прикладного программного обеспечения, ограничил исследуемый товарный рынок географическими границами Российской Федерации.

Соответственно, при определении географических границ цифровых рын-

ков антимонопольный орган учитывает преимущественно факторы, связанные с реализацией товара не его непосредственному покупателю на исследуемом товарном рынке, а конечному пользователю на смежном рынке. При определении географических границ цифровых рынков ФАС России использует следующие показатели:

- местоположение приобретателей товара, в том числе конечных пользователей;
- требования национального законодательства к товару, в том числе к товару, для производства которого требуется исследуемый продукт;
- требования приобретателей к товару, в том числе требования, обусловленные необходимостью адаптации товара для конечных пользователей (язык, состав приложений, элементов, находящийся в зависимости от региона распространения товара).

Как правило, экономические отношения между производителем и "промежуточным" приобретателем носят преимущественно глобальный (общемировой) характер, но "промежуточный" приобретатель вынужден дифференцировать производимый им товар по определенному географическому признаку с учетом тех особенностей и требований, которые предъявляются конечными пользователями на территории соответствующего государства либо наднационального образования.

Иные обстоятельства, учитываемые при оценке состояния конкуренции на цифровых рынках

Антимонопольный орган также обращает внимание на:

- наличие исключительного права на объект, необходимый для изготовления рассматриваемого товара либо влияющий на обращение указанного

товара. В деле Google ФАС России отметил следующее: "доминирующее положение ответчика усиливается ввиду наличия его прав на ОС "Андроид";

- степень влияния лица на смежные товарные рынки, в том числе "нецифровые". В частности, в деле Microsoft при определении доли Microsoft Corporation на рынке операционных систем для разработчиков прикладного программного обеспечения ФАС России учел, что на товарном рынке операционных систем для конечных пользователей указанный субъект занимает долю 95,6 %, в силу чего он может

оказывать решающее влияние на состояние конкуренции на смежном товарном рынке.

Подводя итог, отметим, что положения Порядка не в полной мере соответствуют тем особенностям цифровых рынков, с которыми сталкивается антимонопольный орган при проведении анализа состояния конкуренции. Развитие практики по предупреждению и пресечению монополистической деятельности на цифровых рынках может привести к корректировке законодательства с учетом их специфики.

Контакты



ВАСЮХНОВА АЛЕКСАНДРА

Партнер, Руководитель Группы
Технологий и Инвестиций

vasukhnova@vegaslex.ru



ДМИТРИЙ БОРОДИН

Старший юрист Группы
Технологий и Инвестиций
borodin@vegaslex.ru



ТРУБИНОВА ЕКАТЕРИНА

Юрист Коммерческой
группы

trubinova@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.