

Российская Федерация¹
*Круглый стол на тему «Злоупотребление доминирующим положением
на цифровых рынках»*
Глобальный форум по конкуренции ОЭСР
8 декабря 2020 года

В ряде секторов крупные цифровые компании продолжают занимать доминирующие позиции, оказывая значительное влияние на реальный сектор экономики. Особенностью рынков в цифровой экономике является то, что по мере цифровизации глобальной экономики возрастает прямое влияние транснациональных корпораций на конкуренцию на национальных рынках.

Влияние глобальных игроков является существенным, в том числе потому, что им принадлежат базовые платформы (от системного программного обеспечения до платежных систем, от социальных сетей до патентов на технологии и оборудование). В этой связи сохранение и обеспечение баланса интересов участников цифровых рынков, а также защита национальных участников рынков требуют своевременного реагирования на появление новых особенностей и механизмов деятельности поставщиков и покупателей.

На нынешнем этапе экономического развития в конкурентной борьбе преимуществом обладает тот производитель, который использует цифровые платформы, а не тот, который продолжает искать или увеличивать объемы сбыта, используя лишь традиционные, нецифровые приемы ведения конкурентной борьбы и привлечения внимания потребителей, такие как наружная реклама, реклама на телевидении и т.д.

Существенно изменилась основа рыночной власти компаний и их возможность оказывать влияние на рынки, монополизировать целые отрасли, объединяя их системой связей цифровых платформ. В основе современной рыночной власти лежит владение информацией и технологиями ее обработки, а не владение производственными мощностями.

Все эти новации антимонопольное законодательство обязано учесть и внедрить политики, не только эффективно пресекающие ограничение конкуренции, но и обеспечивающие развитие инноваций в будущем.

При этом одной из особенностей цифровых рынков является существование крупных игроков, которые заинтересованы в приобретении новых технологий,

¹ Доклад подготовлен ФАС России совместно с Ассоциацией антимонопольных экспертов

а также в инвестировании в перспективные проекты. Следствием этого может являться отсутствие на некоторых цифровых рынках устоявшегося распределения долей между хозяйствующими субъектами. В связи с тем, что ситуация на рынке является динамичной, распределение долей в короткий временной промежуток может меняться, что, в свою очередь, может влиять и на возможность установления доминирующего положения хозяйствующих субъектов на цифровых рынках.

Таким образом, существенные изменения в структуре товарных рынков в связи с цифровизацией экономики, приводят к необходимости изменения методов определения границ товарных рынков, оценки влияния смежных рынков друг на друга.

Федеральная антимонопольная служба на протяжении последних 5 лет активно рассматривает дела о злоупотреблении доминирующим положением на цифровых рынках в отношении крупнейших российских и иностранных компаний, обеспечивая условия для конкуренции как на российском, так и глобальном ИТ рынке.

В период с 2015 по 2020 год рассмотрены дела в отношении Google Inc.², Apple Inc.³, Microsoft Corporation⁴, Booking.com⁵, Gett Taxi, а также цифровых платформ по поиску работы Headhunter⁶ и Superjob⁷. По итогам проведения данных расследований были отмечены несколько основных вызовов для регулятора.

1) Особенности определения доминирующего положения цифровой платформы

В рамках расследований стало очевидно, что стандартные механизмы экономического анализа недостаточны в случаях, когда регулятор имеет дело с цифровыми платформами, рынками с «нулевой ценой».

Антимонопольный орган начал вырабатывать новые подходы к оценке многосторонних рынков, определению рыночных долей, исходя из кардинально иных показателей расчета рыночной доли (количество приложений, пользователей и больших данных, объявлений, скачиваний, транзакций через платформу и т.д.), оценки уровня прямых и косвенных сетевых эффектов и получения платформой рыночной силы, в том числе

² <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14677>

³ <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15363>

⁴ <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15352>

⁵ <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15364>

⁶ <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=54702>

⁷ <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=53974>

степени влияния на зависимые рынки как ключевой цифровой инфраструктуры.

Так, в антимонопольном расследовании в отношении компании Google ФАС России пришла к выводу о наличии доминирующего положения на рынке предустановленных магазинов приложений для смартфонов на ОС Android. В рамках проведения экономического анализа антимонопольный орган учитывал степень значимости данного приложения, его невзаимозаменяемость для вендоров, разработчиков приложений и сервисов ОС Android, количество приложений в их динамике соразмерно с ростом потребительского спроса (сетевые эффекты), а также наличие у Google прав на ОС Android.

Аналогичным образом, в рамках антимонопольного расследования в отношении Apple Inc. регулятор пришел к выводу о наличии доминирующего положения на рынке распространения приложений на ОС iOS. В частности, ФАС России проанализировала мнения разработчиков приложений, которые в рамках теста гипотетического монополиста указали на невозможность замены AppStore для дистрибуции приложений.

Рассматривая дело в отношении цифровых платформ HeadHunter. Ru, Superjob.ru и Rabota.ru на рынке информационного взаимодействия работодателей и соискателей, ФАС России было установлено, что указанные платформы занимают коллективное доминирующее положение на данном рынке. Пользовательские соглашения платформ hh.ru, superjob.ru, rabota.ru содержали в себе положения, запрещающие пользователям данных платформ (в том числе работодателям, оплатившим доступ к платформам) использовать стороннее программное обеспечение при работе с платформами без подтверждения факта, что такое стороннее программное обеспечение влияет и нарушает работу соответствующей платформы. Кроме того, было установлено, что платформа hh.ru блокировала пользователей (работодателей) за использование стороннего программного обеспечения по автоматизированному подбору персонала и предлагала пользователям переходить на собственные программные продукты hh.ru аналогичной функциональности.

В другом деле ФАС России в отношении ООО «Booking.com B.V.» ФАС России определила, что данная компания занимает доминирующее положение на рынке предоставления услуг агрегаторов информации о средствах размещения. Нарушение антимонопольного законодательства выражалось в навязывании средствам размещения (гостиницы, отели, хостелы и др.) на территории Российской Федерации условий договора о необходимости обязательного предоставления и соблюдения паритета цен и номеров, а также условий взаимодействия с закрытыми группами пользователей. Действия компании по навязыванию невыгодных условий договора, в соответствии с

которыми средство размещения не может установить цену на свои услуги на одном агрегаторе информации о средствах размещения ниже, чем на другом, и не имеет возможности предложить лучшую цену на свои услуги третьим лицам, могли привести к ущемлению интересов средств размещения, а также к ограничению и устранению конкуренции на этом рынке.

В деле ФАС России в отношении ООО «ГетТакси Рус» ведомство установило, что компания препятствовала функционированию приложения для смартфонов MUVET, разработанного ООО «Смарт Сити Технолоджи», принудительно блокируя его пользователей⁸. При попытке установки приложения Gett Drivers на устройствах пользователей с уже установленным приложением MUVET появлялись сообщения от Gett Drivers, указывающее на наличие на устройстве иного приложения, препятствующего правильной работе приложения Gett Drivers. При обращении в службу технической поддержки Gett Drivers пользователям давались разъяснения, что без удаления с устройства пользователя приложения MUVET программа Gett Drivers на нем работать не будет.

В рамках рассмотрения дела в отношении Microsoft Corporation ФАС России пришла к выводу о доминирующем положении на рынке предоставления RTM-версий⁹ ОС для стационарных компьютеров и ноутбуков в целях адаптации прикладного ПО на основании установленной неразрывной связанности и взаимозависимости рынка ОС для стационарных устройств для конечных пользователей и рынка RTM-версий ОС для стационарных устройств для разработчиков прикладного ПО.

2) Особенности оценки практик цифровых платформ с точки зрения степени влияния на конкуренцию на связанных рынках (downstream market effects)

Следует отметить, что одним из наиболее часто встречающихся видов злоупотребления доминирующим положением на цифровых рынках является злоупотребление, выражающееся в том, что доминирующий субъект, одновременно являясь владельцем платформы и владельцем иных товаров, обращающихся на смежных рынках (связанных с платформой), использует свою платформу для преимущественного продвижения собственных товаров и препятствует свободному продвижению конкурентов. Такие преимущества могут предоставляться за счет связывания (предоставления пакетных предложений) или иными способами (например, за счет доступа к большим

⁸ Пользователями приложения MUVET являются водители такси – официально зарегистрированные в различных электронных системах агрегации заказов такси, одной из которых является приложение Gett Drivers;

⁹ RTM-версия (Ready To Market) – обозначение готовности продукта к тиражированию и выпуску

данным, собираемым на платформе, за счет применения специальных алгоритмов и т.п.). Таким образом, зачастую элемент злоупотребления возникает тогда, когда интересы владельца платформы выходят за пределы развития самой платформы и распространяются на смежные рынки.

Так, Google Inc., будучи владельцем платформы магазина приложений Google Play, выстроил такую систему распространения своего магазина приложений, которая полностью закрыла возможность предустановки на операционной системе Android конкурирующих приложений, обеспечив собственным приложениям приоритет доступа к потребителю. В результате исполнения компанией Google Inc. требований ФАС России и мирового соглашения, заключенного в ходе рассмотрения дела в суде, ограничения были сняты, реализовано «окно выбора», в котором потребителю равным образом были представлены на выбор поисковые системы для выбора по умолчанию, такие как Google, Яндекс, Mail.ru, Yahoo! и др.

Microsoft Corporation намеренно сделала нереализуемыми процедуры согласования совместимости с операционной системой Microsoft, тем самым фактически «выдавлив» сторонних разработчиков антивирусных приложений, одновременно активно продвигая собственную антивирусную программу, встроенную в операционную систему.

Нарушение было устранено в ходе рассмотрения антимонопольного дела в отношении корпорации, что привело к ряду существенных изменений в политике компании. Microsoft Corporation внесла изменения в «Требования для антивирусного ПО» («Antimalware Platform Requirements»), регламентирующие порядок взаимодействия между корпорацией и независимыми производителями антивирусного программного обеспечения. Также Microsoft Corporation увеличила для независимых производителей антивирусного программного обеспечения срок предоставления им будущих пред релизных версий (RTM-версий) ОС Windows 10, а также улучшила взаимодействие между корпорацией и независимыми производителями антивирусного программного обеспечения.

При этом, исполняя требования ФАС России, Microsoft Corporation изменила свою глобальную политику взаимоотношений с разработчиками программ и приложений для Windows.

В августе 2020 года ФАС России вынесла решение в отношении Apple о нарушении антимонопольного законодательства¹⁰. В ходе расследования было установлено, что Apple занимает доминирующее положение с долей 100% на рынке распространения мобильных приложений на операционной системе iOS. Правонарушение выразилось в проведении компанией Apple, начиная с

¹⁰ <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=54965>

октября 2018 года, последовательной политики по ограничению инструментов и возможностей для разработки приложений родительского контроля, в результате чего большая часть функционала приложений сторонних разработчиков была утрачена. Как было установлено ФАС России, соответствующая политика начала реализовываться сразу после того, как Apple запустила собственное приложение по обеспечению родительского контроля. Ограничивая конкурирующих разработчиков, Apple создавала преимущество для собственного продукта.

Комиссия ФАС России установила, что компания Apple злоупотребила доминирующим положением по отношению к разработчикам мобильных приложений родительского контроля и ограничила конкуренцию на рынке распространения приложений для мобильных устройств, функционирующих под управлением операционной системы iOS. Apple выдано предписание по обеспечению недискриминационного доступа для разработчиков соответствующих приложений и сервисов в магазин приложений App Store с сохранением их ключевого функционала¹¹.

- 3) Анализируемые действия цифровых платформ зачастую или почти всегда связаны с интеллектуальной собственностью и порождают в каждом кейсе задачу по поиску баланса публичных интересов защиты конкуренции и частных интересов правообладателя

Зачастую в рамках расследований на цифровых рынках антимонопольный орган сталкивается с аргументами ответчиков о том, что рассматриваемые регулятором практики являются исключительно реализацией ими прав интеллектуальной собственности, к которым не могут применяться антимонопольные правила.

Так, в антимонопольном расследовании против Google, ФАС России пришла к выводу о том, что практики предоставления пакетных приложений и запрет предустановки приложений конкурентов в целом не могут являться реализацией прав интеллектуальной собственности, так как являются злоупотреблением рыночной властью и направлены на ограничение конкуренции.

Отклоняя соответствующие доводы компании Apple, ФАС России установила, что предметом антимонопольного расследования являются не действия Apple по предоставлению в пользование или распоряжение собственными программами для ЭВМ, включая операционную систему iOS, магазин приложений App Store и иные программы для ЭВМ, а поведение компании на товарном рынке по отношению к разработчикам конкурирующих

¹¹ <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15363>

приложений, препятствующее их распространению и ограничивающее конкуренцию.

4) Определение продуктовых и географических границ

Определение географических границ рынков ИКТ осуществляется на основании Закона о защите конкуренции и Порядке проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке (далее – Порядок), утвержденного приказом ФАС России от 28 апреля 2010 года № 220, который устанавливает четкую процедуру, является общедоступным и включает в себя следующие шаги:

- предварительное определение географических границ товарного рынка;
- выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара приобретателем (приобретателями);
- определение территорий, входящих в географические границы рассматриваемого товарного рынка.

При проведении исследования рынка магазинов приложений для мобильных устройств под управлением операционной системы Android в ходе антимонопольного расследования в отношении компании Google ФАС России было определено, что специфическим свойством товара (магазина приложений), определяющим его функциональность, является язык его интерфейса, что, с учетом всех обстоятельств, позволило сделать вывод о национальном характере границ этого товарного рынка.

Опыт рассмотрения дела Google указал на необходимость учитывать обращение товаров на рынках, неразрывно связанных с функционированием рынков ИКТ: в деле Google такая взаимосвязь изучалась на рынках ПО для мобильных устройств и рынках самих мобильных устройств. Кроме того, отдельные группы ПО (прикладное ПО) не функционируют без базового ПО — операционных систем. В таких случаях при определении географических границ рынка прикладного ПО учитывается функционирование рынка операционных систем, которые, в свою очередь, неразрывно связаны с аппаратным обеспечением.

Цифровизация экономики кроме благ несет в себе и риски, связанные с монополизацией товарных рынков, возможностью злоупотребления рыночной властью со стороны «цифровых гигантов» в ущерб интересам потребителей. ФАС России считает важным принятие ряда законов, предусматривающих антимонопольные ограничения для цифровых гигантов.

В ходе модернизации антимонопольного законодательства было принято 4 антимонопольных пакета. Ввиду развития новых технологий и во

исполнение поручения о совершенствовании антимонопольного регулирования в условиях цифровой экономики, которое было дано Президентом Российской Федерации в Национальном плане развития конкуренции на 2018 – 2020 годы, ФАС России подготовила новые законодательные инициативы по внесению изменений в Закон о защите конкуренции и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях («пятый антимонопольный пакет»).

В рамках «пятого антимонопольного пакета» ФАС России предлагает запретить различные формы злоупотреблений со стороны цифровых гигантов.

Документ определит новые критерии «доминирующего положения» на рынке интернет-пространства, в том числе: владение инфраструктурой (программой или программами для ЭВМ), которая используется для заключения сделок продавцов и покупателей; сетевые эффекты; доля более 35% на рынке взаимозаменяемых услуг по обеспечению заключения сделок.

Это не будет препятствовать работе цифровых платформ, но при условии их доминирования установит запрет на дискриминацию клиентов, а также монопольно высокую цену на оказываемые услуги.

При этом антимонопольные правила не будут распространяться на стартапы небольших компаний с годовой выручкой менее 400 млн рублей. Механизмы будут относиться только к тем компаниям, которые имеют существенный оборот и могут оказывать влияние на рынок.

Кроме того, необходимо принимать во внимание прямые и косвенные сетевые эффекты, «параллельное использование» нескольких онлайн-сервисов и возможность переключения, эффект масштаба, доступ к конкурентно-актуальным данным и роль инноваций.

Предлагается также рассмотреть и соответствующие санкции за нарушение таких правил и требований антимонопольного законодательства. Такие санкции должны быть соизмеримы и адекватны масштабам нарушений.

Поскольку субъектами такой ответственности будут цифровые монополии, имеющие, как правило, глобальный характер, то последствия от их нарушений могут существенно нарушать экономические процессы и права большого количества пользователей. В результате обсуждения «пятого антимонопольного пакета» с экспертами и представителями бизнес-сообществ было принято решение о редакции законопроекта только в части удвоения штрафных санкций в отношении цифровых платформ в тех случаях, когда они пренебрегают требованиями антимонопольного законодательства и повторно злостно не исполняют законные предписания антимонопольного органа.

В настоящее время все заинтересованные стороны участвуют в публичном обсуждении данного документа, и, возможно, «пятый антимонопольный пакет» подвергнется некоторым изменениям с учетом позиций всех заинтересованных лиц.

Стоит отметить, что в 2019 году Антимонопольные органы стран БРИКС в рамках деятельности Рабочей группы БРИКС по цифровой экономике подготовили доклад «БРИКС в цифровой экономике: конкурентная политика на практике¹²». Исследовательский проект направлен на обмен информацией об опыте стран БРИКС в пресечении антиконкурентных практик в цифровой экономике, включая злоупотребление доминирующим положением на цифровых рынках.

В своей работе ФАС России стремится одновременно совершенствовать правоприменительную практику и законодательство, создавать проконкурентные правила игры на рынках, общие для хозяйствующих субъектов всех форм собственности, соблюдая принципы конкурентного нейтралитета, закрепленные в фундаментальном законе Российской Федерации – Конституции Российской Федерации, которая гласит, что «в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности».

¹² <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15348>