

О конкуренции алгоритмов, больших данных и первых цифровых кейсах

06 сентября 2017, 16:57

Новых нарушений никто из цифровых гигантов не придумал, но IT-индустрия нуждается в обновленных аналитических подходах, считает начальник Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России Елена Александровна Заева. В интервью журналу «Конкуренция и право» она объяснила, почему базовые принципы антимонопольного регулирования в целом применимы и к этому сектору, рассказала, каких дополнений все же требует переход к цифре и какую роль играют потребительские предпочтения.

Специфика IT-рынков

– Елена Александровна, каковы особенности рынков, связанных с информационными технологиями, для целей применения антимонопольного законодательства?

– Особенностей обращения товаров на таких рынках несколько.

То, что товар нематериальный, имеет практически нулевую стоимость воспроизводства и копирования, а также транспортировки в любую точку мира, накладывает отпечаток на сферу его реализации. Географически товарный рынок, как правило, глобальный.

Другая особенность – многосторонность цифровых рынков. Например, на рынке онлайн-заказа такси взаимодействуют несколько групп продавцов и покупателей. Прежде всего, это пассажиры и водители. Кроме того, платформа услуг онлайн-заказа выступает и площадкой для целевой рекламы – появляются дополнительный процесс монетизации и еще одна группа продавцов и покупателей, взаимодействующих напрямую. В данном случае продукт имеет самостоятельную функциональную ценность и при этом для потребителей предоставляется «бесплатно». Но если они не отдают за него деньги, это не значит, что не платят вообще. Потребители платят временем, вниманием, своими поведенческими предпочтениями и данными.

Когда мы говорим о многосторонности цифровых рынков, сразу вспоминается стихотворение «Дом, который построил Джек». Все взаимозависимо, прямо или косвенно, и многонаправленно.

И еще одна значимая особенность товара, который обращается на цифровом рынке: как правило, он является объектом интеллектуальной собственности. Закон о защите конкуренции¹ ограничен в этой сфере применения, в отличие, например, от наднационального конкурентного законодательства ЕС или ЕАЭС. При этом положения о допустимости, предусмотренные в статье 13 этого Закона, выступают

своего рода весами: российский антимонопольный орган должен найти баланс между защитой интеллектуальных прав, защитой общеэкономических интересов и конкуренции.

– Есть мнение, что товар может быть только возмездным, а если его оборот производится бесплатно, то товарный рынок не образуется.

– Как раз цифровые рынки и опровергают эту точку зрения.

Когда в суде рассматривалось дело Google, у нас не было сложностей в этой части. Товар, на рынке которого устанавливалось доминирующее положение, – магазин приложений Google Play – тоже предоставляется производителям оборудования безвозмездно, но это не значит, что он не имеет ценности и не монетизируется на смежных или связанных товарных рынках.

К слову, совсем недавно, 9 июня, вступили в силу поправки в конкурентное законодательство Германии, где прямо указано, что товарный рынок образуется в том числе обращением товаров, которые предоставляются бесплатно. Раньше европейские и, в частности, немецкие суды придерживались иного мнения.

Подходы к анализу цифровых рынков

– Один из ключевых аспектов экономического анализа рынка – определение его границ и оценка взаимозаменяемости товаров. Какова специфика цифровых рынков с этой точки зрения?

– Когда мы оцениваем тот или иной цифровой рынок и определяем взаимозаменяемость товаров на нем, нужно учитывать, является ли он совершенно новым и привнес ли потребительскую ценность, которой раньше не было. Или же речь идет о рынке, на который информационные технологии привнесли новое качество для потребителя.

Например, услуги онлайн-бронирования гостиниц или заказа авиабилетов – это сложившаяся потребность в услуге, которая дополняется или переосмысливается по мере проникновения цифровой экономики.

Можно ли заменить цифровую услугу привычными традиционными способами получения того же функционала или нет? В зависимости от выявленной или не выявленной взаимозаменяемости способов определяются рынок, его границы, состав участников на нем и их доля, устанавливается сам факт нарушения антимонопольного законодательства.

В мировой практике сейчас нет методик и четких подходов к этой проблеме. Мы тоже их только формируем. А поскольку цифровые рынки отличаются динамичностью, времени на долгое обдумывание и обсуждение у нас нет, так что мы занимаемся такой разработкой при рассмотрении конкретных кейсов.

– Применимы ли традиционные подходы к новым цифровым рынкам, или они требуют изменения правового регулирования? Нужна ли ревизия Приказа ФАС России № 220²?

– Традиционные подходы, безусловно, нужно дополнять. Хотя не скажу, что появление цифровых рынков изменило принципы антимонопольного регулирования, ведь новых нарушений никто из цифровых гигантов не придумал. Это либо ограничение свободы реализации товара, либо установление несправедливой цены или несправедливых условий продажи товаров, неправомерный отказ от заключения договора.

Взять, к примеру, Google, в отношении которого мы установили нарушение, или Microsoft, которому недавно выдали предупреждение. Речь идет о тех же нарушениях, что и на традиционных рынках. Отличие только в специфике обращения самого товара и его особенностях.

Но коррективы нужны. Так, согласно Приказу ФАС России № 220 основной метод установления взаимозаменяемости товаров и определения продуктовых границ рынка – ценовой тест гипотетического монополиста. Поскольку товары на цифровых рынках часто напрямую не монетизируются, этот тест неприменим. В этой части Приказ нужно дополнять.

Кроме того, зачастую обращение товара или услуги на таких рынках вообще невозможно посчитать, нельзя привязать к конкретному материальному носителю, аппаратному устройству. Поэтому в качестве основного критерия иметь в арсенале количественный показатель не получается. Мы должны добавить в Закон качественные критерии и использовать их для установления доминирующего положения.

– О каких качественных критериях идет речь?

– Базовый качественный критерий уже есть: это способность влиять на обращение товара на рынке. Далее Закон говорит, что доминирующим признается положение, если доля превышает 50 процентов или когда речь идет о коллективном доминировании.

Эти классические принципы применимы и к цифровым рынкам, но их нужно дополнить: если обращение товара количественно невозможно посчитать, антимонопольный орган должен оценить фактические обстоятельства потребления на рынке, последствия действий хозяйствующего субъекта, которые подразумеваются как злоупотребление доминирующим положением.

Скажем, компания производит и вводит в оборот – неважно, платно или бесплатно – свои цифровые услуги, нарушая общественные интересы. А потребители лишены возможности выбрать вариант оказания услуги или вовсе отказаться от нее. Движения на рынке нет. Очевидно влияние на рынок.

При этом, думаю, доминирующее положение можно устанавливать по оценке последствий.

– Этот набор количественно-качественных критериев будет применим ко всем рынкам? Сможет ли покрыть стремительно меняющуюся IT-сферу?

– Выбирая основной метод оценки последствий, которые возникают из-за поведения компании на рынке, надо исходить из специфики каждого конкретного товара. Невозможно создать универсальный метод – нужно перечислить в законе или подзаконных актах принципы, а потом под каждую типологию товарного рынка дать специальные рекомендации. К тому же этот рынок развивается настолько быстро, что детальная законодательная регламентация всех аспектов не приведет ни к чему хорошему.

Поэтому на уровне закона надо сформулировать базовые принципы о том, что необходимо выявлять последствия поведения субъекта, определять степень его воздействия на рынок, учитывая сетевые эффекты, способы монетизации, параллельное использование и взаимопроникновение разных сервисов, эффекты от слияния данных о потребителях. А затем в зависимости от специфики каждого товарного рынка, на котором товары обращаются схожим образом, выпускать методические рекомендации.

Такой подход нами отработан. В частности, для рынка связи подготовлены рекомендации по оценке взаимозаменяемости при определении товарного рынка доступа к сети Интернет, рынка услуг связи для целей телерадиовещания, которые дают ориентиры, как мы определяем продуктовые границы товарного рынка и устанавливаем доминирующее положение.

– Какие вопросы возникают при оценке экономической концентрации, когда сливаются традиционные компании и цифровые или когда речь идет о слиянии двух компаний IT-индустрии?

– Оценивая экономическую концентрацию на цифровых рынках, важно учитывать такой аспект, как данные компаний о потребителях. Это ценнейшие сведения о поведении человека, его предпочтениях, передвижениях, повторяемости действий с учетом особенностей потребления. Когда сливаются компании, у каждой из которых есть такая информация по своим группам потребителей, влияние этих данных дает мультипликативный эффект.

Традиционный подход антимонопольного контроля в сфере экономической концентрации: если сливаются компании с разных рынков, значит, ни на одном из них ничего существенного не произошло; если компании с одного рынка – речь идет о простом сложении долей. В сфере информационных технологий ситуация другая. В случаях, когда товарные рынки разные, но они связаны или могут выступать несколькими сторонами одного и того же цифрового рынка, слияние компаний может отрицательно сказаться на конкуренции именно из-за обладания данными о потребителях.

Эти обстоятельства нужно учитывать и руководствоваться ими, оценивая экономическую концентрацию. Возможно, должны быть внесены соответствующие дополнения в правовое регулирование. Куда именно – в закон или подзаконные акты, нужно обсуждать.

– Сами большие данные могут рассматриваться как предмет контроля со стороны антимонопольного органа?

– С точки зрения антимонопольного закона все, что имеет спрос и введено в оборот, это товар. Обладание большими данными повышает как ценность компании, так и степень ее влияния на рынке. В одних случаях такие данные можно рассматривать в качестве товара, в других – как инструмент, который усиливает или даже создает доминирующее положение.

Пределы антимонопольного регулирования

– Одна из трудностей для цифровых рынков, как отмечают эксперты, заключается в том, чтобы установить такие пределы антимонопольного регулирования, которые не сдерживали бы развитие IT-индустрии, но и не создавали бы барьеров для игроков. Прокомментируйте, пожалуйста.

– Высший Арбитражный Суд РФ в Постановлении Пленума № 30³ сказал, что антимонопольный орган должен оценивать, совершил ли действия хозяйствующий субъект в пределах осуществления гражданских прав или он вышел за пределы. Эта формулировка в полной мере применима и к новым цифровым рынкам.

Допустим, антимонопольному органу нужно оценить действия занимающей доминирующее положение компании, которая обладает правом на IT-решение, предоставляет базовую инфраструктурную платформу, ограничивая при этом других участников рынка в разработке прикладного программного обеспечения. Мы должны оценить, совершены ли эти действия за пределами гражданских прав, разумны ли они, направлены ли именно на ограничение конкуренции на товарном рынке. Или речь идет о нормальном поведении обладателя продукта, стремящегося его защитить?

Гипотетически компания может отказаться публиковать исходные коды своего IT-решения в открытом доступе и лишить других участников рынка возможности дописать с их использованием собственные программы. Но при этом она может предложить доступ по договору и на определенных условиях, объяснив, что в противном случае возникнет угроза безопасности и целостности ее системы. В этой ситуации действия компании разумны, дискриминационных условий нет, так как подобное поведение обусловлено стремлением защитить свою разработку, сделать ее менее уязвимой.

Однако надо понимать, что, когда компания-доминант как обладатель права на интеллектуальную собственность отказывает другим в доступе, это отрицательно влияет на инновации, поскольку меньшее число компаний смогут дорабатывать IT-решение.

К сожалению, зачастую злоупотребление доминирующим положением, сговоры и вертикальные соглашения препятствуют развитию инноваций.

Уроки дел

– Какие новые подходы к анализу цифровых рынков выработала антимонопольная служба, рассматривая дела компаний Google и Microsoft?

– Интересный новый подход был применен в деле Google при оценке продуктовых границ рынка. Мы вводили географический аспект обращения товара в свойства самого товара: продуктовые границы включали географическую локализацию по русскоязычному интерфейсу.

Что касается дела Microsoft, то мы исследовали больше сторон многостороннего рынка. Компания выступает продавцом, который владеет и распоряжается операционными системами. Причем не как готового продукта, а как версии такой системы, которая представляет собой инфраструктурную платформу для создания прикладного программного обеспечения и обращается на территории России. Покупатели – разработчики антивирусного прикладного программного обеспечения. Для написания своих программ они должны иметь доступ к определенным характеристикам и исходным кодам системы, чтобы потом предоставить программы конечным потребителям.

При исследовании взаимозаменяемости и определении продуктовых границ нам нужно было ответить на ключевой вопрос: операционные системы, используемые преимущественно в стационарных компьютерах и мобильных устройствах, формируют один товарный рынок или разные? Для мобильных групп гаджетов – один состав операционных систем: Apple, Microsoft и Google. Для стационарных компьютеров используются другие системы: Apple, Microsoft и Linux.

– Как вы нашли ответ на этот вопрос?

– Мы провели опрос потребителей, который показал, что речь идет о разных рынках. Подавляющее большинство респондентов, около 90 процентов, используют стационарные устройства для одних видов работ, а мобильные – для других, в основном для общения, просмотра почты. Основная причина, по которой потребители разделяют работу на этих устройствах при сопоставимой производительности, – удобная навигация.

Таким образом, мы выявили, что рынок формируют операционные системы, используемые потребителями для стационарных устройств. Далее определили, что на территории России доля Microsoft на этом рынке превышает 90 процентов.

Надо понимать, что на этой стадии мы анализировали рынок, где продавцами выступают обладатели готовых операционных систем и лица, которые их распространяют, а покупателями – конечные пользователи, которые покупают систему по лицензионному соглашению и устанавливают на свои компьютеры.

Выявив взаимосвязь, мы обосновали, что тот, кто реализует готовую операционную систему конечным пользователям, предоставляет и промежуточные версии системы

для разработки прикладного программного обеспечения. Таким образом, через рынок для конечных потребителей мы сделали вывод о доминирующем положении Microsoft.

Один из ключевых аспектов анализа любого цифрового рынка – определение, какими аппаратными устройствами пользуются потребители, как они распространяются, образуется один рынок или нет. Поведение потребителей играет важную роль, оно непосредственно влияет на распространение аппаратного обеспечения. Но и стратегия продавцов такого оборудования тоже оказывает воздействие на потребительские предпочтения. Эти отношения очень динамичны, рынок постоянно меняется, его нужно оперативно отслеживать и пересматривать.

Те же подходы, к слову, мы применяли, когда оценивали взаимозаменяемость услуг фиксированной и сотовой телефонной связи.

– Действующая сейчас редакция КоАП РФ позволяет учитывать особенности обращения товаров на цифровых рынках?

– Да. Если монетизация товара происходит не напрямую, а на других товарных рынках, это позволяет нам рассчитывать размер штрафных санкций.

Пример – дело Google. Хотя на том рынке, где установлено доминирующее положение, товар предоставляется бесплатно, монетизация этих действий происходит на другом рынке. В итоге доход от распространения Google Play для определения штрафа мы посчитали исходя из дохода на связанных рынках.

Подход при расчете штрафов был новым, но опирается он на действующие нормы законодательства.

– Есть ли наработки в части анализа многостороннего рынка?

– Исследуя традиционные рынки, прежде всего необходимо определить функциональное назначение товара или услуги, понять, каковы цели их использования и можно ли их заменить другими товарами или услугами с теми же функциональными характеристиками, выяснить, один это товарный рынок или два, а может, и три. Этот базовый подход применим и к цифровым рынкам.

Алгоритм такой: цель, взаимозаменяемость, географические и продуктовые границы, расчет доли на рынке.

При этом универсального рецепта, в чем и как считать, нет и для традиционного рынка. Приказ № 220 предусматривает множество способов расчета доли рынка: по натуральным, стоимостным показателям, по разным группам потребителей, так как у одного и того же товара, обращение которого образует товарный рынок, могут быть разные группы потребителей.

Базовые подходы остаются, но особенности рынков, которые привносит в нашу жизнь цифровая экономика, нужно описывать в методических рекомендациях.

– Когда можно ожидать рекомендации?

– Мы уже над ними работаем. Думаю, первые рекомендации выйдут в обозримом будущем. Понимание, как исследовать и анализировать цифровые рынки, у нас есть. При этом все наши управления тесно взаимодействуют в этом вопросе, ведь цифровая экономика затрагивает абсолютно все сферы жизни и отрасли.

Теперь задача – представить методологические подходы антимонопольного органа к оценке взаимозаменяемости, определению границ рынка и установлению доминирующего положения, донести нашу позицию и дать ориентиры компаниям, которые работают на новых цифровых рынках.

О личном

– Каков Ваш идеальный день?

– С хорошим результатом – неважно, это результат работы или посещения выставки.

– Каким талантом Вы хотели бы обладать?

– Убеждения.

– Что Вас вдохновляет?

– Ощутимые результаты моей деятельности.

Интервью подготовила

Оксана Бодрягина, шеф-редактор
журнала «Конкуренция и право»