

Многоликие антиконкурентные практики на цифровых рынках

Е. В. Ерофеева, Д. А. Котова, А. Э. Позднякова

Для цитирования: *Ерофеева Е. В., Котова Д. А., Позднякова А. Э.* Многоликие антиконкурентные практики на цифровых рынках // Правоведение. 2019. Т. 63, № 4. С. 598–624.
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.404>

В статье рассматриваются примеры ограничительных практик на цифровых рынках. Цифровые рынки — уникальное для цифровой экономики явление; их основной структурной единицей и одновременно драйвером развития рынка является цифровая платформа. Современные цифровые платформы, например Facebook, Amazon, а также крупные цифровые компании, такие как Google, Microsoft, Apple, обладают значительной властью на современных цифровых рынках, а следовательно, имеют возможность ограничивать конкуренцию. В статье анализируются несколько таких ограничительных практик, специфичных для цифровых рынков; в последнее время эти практики привлекли внимание антимонопольных регуляторов по всему миру и значительно повлияли как на правоприменение, так и на понимание учеными и практиками особенностей функционирования цифровых рынков. Авторы рассматривают прежде всего так называемые условия о паритете цен, когда соглашения между онлайн-платформами, например Booking.com, и их поставщиками обязывают последних предоставлять цифровой платформе не менее благоприятные условия, чем другим контрагентам. Условие о паритете цен значительно ограничивает рыночную свободу поставщиков, так как вмешивается в отношения поставщиков с третьими лицами. Далее авторы обращают внимание на многообразие ограничительных практик на рынке интернет-поиска, проиллюстрированных серией дел, возбужденных Европейской комиссией против цифрового гиганта Google. С помощью определенным образом настроенных систем поиска Google установил приоритет в поисковой выдаче для своих сервисов, и таким образом собственные сервисы компании получали большее внимание потребителя. В свете жалоб на схожие антиконкурентные практики в российском сегменте рынка интернет-поиска авторы заостряют внимание на нюансах и подводных камнях, с которыми столкнулась Европейская комиссия при рассмотрении аналогичных дел. Наконец, в статье рассматривается менее распространенная, но довольно опасная для конкуренции практика геоблокинга, когда правообладатель блокирует распространение своего контента за рамками, разумно оправданными охраной исключительных прав. По мнению авторов, такого рода практики должны рассматриваться через отношение частнопредпринимательской природы интеллектуальной собственности и публичного интереса. Описанные в статье практики свидетельствуют не только о важности значительной реформы антимонопольного правоприменения, но и о необходимости концептуального переосмысления роли антимонопольного права в новой экономике.

Ключевые слова: конкурентное право, цифровые рынки, защита конкуренции, паритет цен, геоблокинг, дискриминация, рынок интернет-поиска.

Ерофеева Екатерина Вадимовна — эксперт, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Российская Федерация, 101000, Москва, Мясницкая ул., 20; evsemenova@hse.ru

Котова Дарья Александровна — эксперт, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Российская Федерация, 101000, Москва, Мясницкая ул., 20; dkotova@hse.ru

Позднякова Анна Эдуардовна — канд. полит. наук, науч. сотр., Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Российская Федерация, 101000, Москва, Мясницкая ул., 20; aepozdnyakova@hse.ru

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2021

Введение

Цифровизация глобальной торговли вообще и отдельных отраслей в частности привела к появлению компаний, которые, следуя различным стратегиям, стали обладателями существенной рыночной власти. Речь идет о всем известных глобальных гигантах, таких как Google, Amazon, Apple, Booking Holding, и компаниях, доминирующих на национальных рынках, например «Яндекс», Baidu. Кроме того, цифровизация коснулась и других компаний, которые традиционно оперировали на рынках, не связанных с информационными технологиями, и повлияли на их бизнес-модели и отношения с контрагентами.

С момента основания цифровые гиганты стремились стать лучшими в отрасли: Google предлагает потребителям лучший в мире поиск, Amazon — лучший в мире сервис, Apple — лучшие в мире гаджеты, Booking — лучшую в мире площадку для планирования путешествий. Четкое видение своей цели в совокупности с эффективной стратегией развития бизнеса привело к тому, что эти компании стали существенно доминировать в определенных секторах или полностью их монополизировали.

Само по себе монопольное или олигопольное состояние рынков не является проблемой ни для государств, ни для потребителей до того момента, пока участники этих рынков играют по правилам. Проблемы начинаются там, где заканчивается справедливая игра и начинается притеснение других участников рынка, контрагентов через установление монопольно высоких цен, навязывание несправедливых условий договоров. Для цифровых рынков такие несправедливые практики выражаются в замыкании пользователей в определенной цифровой экосистеме, приоритизации собственных сервисов перед сервисами конкурентов, ограничении свободы выбора контрагентами каналов распространения своих товаров или услуг, ограничении пользователей в выборе контента различными факторами, например географическим положением.

Данные практики стали объектом громких расследований со стороны антимонопольных органов во многих юрисдикциях. К настоящему моменту некоторые из них завершили наложение многомиллионных штрафов, другие не были доказаны из-за отсутствия эффективных инструментов антимонопольного реагирования на антиконкурентные практики на цифровых рынках.

В настоящей статье рассмотрены отдельные виды антиконкурентных практик на цифровых рынках, выявление и расследование которых стали знаковыми для международной правоприменительной практики. Некоторые расследования привели к значительному изменению бизнес-моделей цифровых компаний и улучшению состояния конкуренции в данных секторах, другие, напротив, вызвали критику со стороны игроков рынка и экспертов.

Первая часть статьи посвящена практике закрепления в договорах условий паритета цен, которые фактически обязывают поставщиков предлагать онлайн-платформе не менее выгодные цены и условия, чем другим каналам распространения. Эта практика привлекала внимание антимонопольных органов на протяжении более пяти лет. Благодаря проведению расследований, некоторые онлайн-платформы, например всемирно известный сервис онлайн-бронирования отелей Booking, значительно изменили условия сотрудничества с контрагентами, что сделало условия на данных рынках более благоприятными для появления и развития конкурентов цифровым гигантам.

Далее мы обращаемся к многоликим антиконкурентным практикам на рынке интернет-поиска. Антимонопольные расследования на этом рынке, закончившиеся в том числе рекордными штрафами, уже завершились в нескольких юрисдикциях,

включая Россию. Динамично меняющийся и многосторонний рынок интернет-поиска, в том числе рынок вертикального поиска и поисковой рекламы, охватывает и пользователей, и рекламодателей, и владельцев сайтов, поэтому многогранны и стратегии по усилению конкурентного преимущества поисковых гигантов, таких как Google, «Яндекс», Baidu. В свете жалоб на возможные антиконкурентные практики в российском сегменте рынка вертикального интернет-поиска¹ мы заостряем внимание на подходе Европейской комиссии (далее также — Еврокомиссия, Комиссия) в деле о злоупотреблении Google доминирующим положением на рынке вертикального поиска.

Наконец, мы рассматриваем практику блокировки части контента или предлагаемых, как правило лицензионных, товаров («геоблокинг»). Эта практика в основном получила внимание со стороны Еврокомиссии. Данный метод контроля связанных рынков используется через установление условий в лицензионных или дистрибьюторских соглашениях и, помимо блокировки доступа к защищенному авторскими правами контенту, часто встречается в так называемых договорах селективной дистрибуции, когда компании используют целый набор различных практик для выстраивания закрытых эксклюзивных каналов продаж.

1. Установление условий о паритете цен

Долгое время положения об установлении условия паритета цен (Price Parity Clause), или наиболее благоприятствующей нации (Most Favourable Nation, MFN), были широко распространены во многих договорных отношениях на различных уровнях цепочки создания стоимости и в различных экономических секторах². В обобщенном виде условие паритета цен обязывает поставщика предоставлять товар или услугу по цене не ниже и/или на условиях не менее выгодных, чем те, что уже предоставляются другим контрагентам. Суть данного подхода применительно к цифровой экономике проистекает из существования вертикальных отношений между онлайн-платформами и поставщиками товаров и услуг, на них реализуемых. Устанавливая условия паритета цен, онлайн-площадки устраняют риск бесплатного использования своей инфраструктуры поставщиками, которые могут пользоваться именем площадки для рекламы своего товара, а реализовать его по другим каналам³. Помимо этого, закрывая поставщиков и их товары и услуги на своей платформе, цифровые компании получают значительные наборы больших данных о товарах, ценах, динамике спроса, анализ которых впоследствии может еще больше укрепить рыночную силу онлайн-платформ.

С развитием электронной торговли установление условий о паритете цен неоднократно подвергалось критике со стороны множества антимонопольных органов. В мире онлайн-шоппинга потребитель мог бы легко найти интересующий товар по более выгодной цене, но не может это сделать, поскольку поставщик товара или услуги связан договорными обязательствами с отдельной онлайн-платформой, препятствующей снижению цены на конкурирующих платформах. К настоящему моменту значительная правоприменительная практика накоплена

¹ См. подробнее: Шестоперов Д., Лебедева В. С «Яндекса» спросят за ответы. Онлайн-сервисы пожаловались на поисковик // Коммерсант. URL: https://www.kommersant.ru/doc/4443716?from=four_business (дата обращения: 07.08.2020).

² См. об этом: E-Commerce Competition Enforcement Guide / ed. by C. Jeffs. London: Law Business Research, 2018. P. 24.

³ См. подробнее: Ezrachi A. The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce // European Competition Journal. 2015. Vol. 11. P. 488–519.

Европейской комиссией и европейскими национальными конкурентными ведомствами, а также правоприменителями США и Японии.

Одним из наиболее значимых дел об установлении условий паритета цен в мировой правоприменительной практике является дело в отношении голландского холдинга Booking, который специализируется на оказании услуг по онлайн-бронированию отелей. С 2015 г. компания Booking сталкивается с обвинениями антимонопольных органов (в основном европейских) в отношении своей политики установления цен на объекты размещения. Главная претензия в адрес компании состоит в использовании условия паритета цен в договорных отношениях с отелями.

В контексте бронирования отелей существуют два варианта установления паритета цен⁴. В широкой трактовке условие паритета цен требует от объекта размещения предоставлять номера на портале бронирования на не менее выгодных условиях, чем те, что уже существуют для любых онлайн- или офлайн-каналов дистрибуции, включая официальный сайт объекта размещения. В узком смысле условие паритета цен предоставляет отелю возможность предложить лучшие условия через любые другие каналы продаж, кроме своего официального сайта.

Очевидно, что широкое применение условия паритета цен представляет проблему для развития конкуренции, в то время как мнения относительно узкого применения данного условия сильно различаются: в одних юрисдикциях такая трактовка признана антиконкурентной (например, Франция установила юридический запрет на использование любых форм установления условий паритета цен для бронирования отелей), а в других — необходимой мерой для предотвращения ситуаций, когда отель будет фактически бесплатно использовать бренд площадки Booking.

После объявления нескольких европейских конкурентных ведомств, в частности Германии, Франции, Италии и Швеции, о своих опасениях относительно развития конкуренции на рынке онлайн-бронирования отелей из-за действий Booking, в 2015 г. компания исключила из своих договоров с отелями широкое применение условия о паритете цен, оставив только узкое толкование.

Приняв во внимание данные обязательства, конкурентные ведомства Швеции, Италии и Франции одновременно закрыли дела в отношении Booking, что стало возможным благодаря координации расследований Европейской комиссией (в Европейском союзе отдельного расследования в отношении Booking не проводилось)⁵.

Вслед за данными решениями Booking распространил свои обязательства также на территории 25 стран ЕС, в том числе Австрии, Венгрии и Великобритании, конкурентные ведомства которых также высказывали опасения относительно поведения Booking, однако не возбуждали формального расследования.

Единственным национальным правоприменителем, который не закрыл расследование после объявления Booking об устранении широких условий паритета цен из договоров с контрагентами, стал Федеральный офис по картелям Германии. Немецкое конкурентное ведомство инициировало расследование в отношении платформ Expedia и Booking по признакам использования условий паритета цен в их отношениях с объектами размещения в 2013 г. После изменения

⁴ См. об этом: Price parity clauses and Booking.com — a more unified approach or a reminder of diverging opinions? // Lexology. 10.06.2019. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=025134c4-b7b7-4275-ae8-6256d54894cc> (дата обращения: 08.02.2020).

⁵ См. об этом: “Unprecedented” collaboration leaves Germany isolated on price parity clauses // Global Competition Review. 21.04.2015. URL: <https://globalcompetitionreview.com/article/1062036/“unprecedented”-collaboration-leaves-germany-isolated-on-price-parity-clauses> (дата обращения: 08.01.2020).

политики Booking в 2015 г. и устранения из договоров широкого принципа паритета цен расследование продолжилось, поскольку, по мнению Федерального офиса по картелям Германии, узкое применение условия паритета цен является не менее антиконкурентным, чем широкое. Устанавливая условия паритета цен, Booking нарушает конкуренцию как между платформами бронирования, так и между отелями.

По мнению Федерального офиса по картелям Германии, узкое применение условия паритета цен ограничивает стимулы для отелей предлагать различные цены на различных платформах. Технически условия паритета цен в узком смысле позволяют отелям устанавливать различные цены, однако на своем официальном сайте цены на номера должны быть не ниже, чем на сайте Booking (в случае установления сниженной цены на собственном сайте отель обязан также снизить предложение цены на платформе Booking). Данное положение применяется и в отношении предложений цены участникам программ лояльности отелей, что ограничивает самостоятельность отелей при установлении цен и снижает их стимулы к предложению лучшей цены, отличной от цены на их собственном сайте или платформе Booking.

Вместе с тем после внедрения принципа узкого паритета цен Booking заявил о том, что отели начали дифференцировать свои цены на различных онлайн-порталах бронирования. Однако конкурентное ведомство Германии не нашло эмпирических доказательств данного заявления.

22 декабря 2015 г. Федеральный офис по картелям Германии вынес решение, в соответствии с которым действия Booking являются нарушением разд. 2 (1) Закона о конкуренции Германии и ст. 101 (1) Договора о функционировании ЕС (далее — ДФЕС). Конкурентное ведомство предписало Booking устранить условия паритета цен из всех договоров в объектах размещения на территории Германии (предписание должно было быть выполнено в срок до 31.01.2016)⁶.

Федеральный офис по картелям Германии определил продуктовый рынок как рынок посреднических услуг платформ бронирования. При рассмотрении данного дела принимались во внимание только те участники рынка, которые предоставляют определенный набор услуг в сфере онлайн-бронирования отелей, а именно услуги поиска, сравнения и бронирования. Из анализа были исключены специализированные закрытые платформы, туристические агентства и туроператоры, а также платформы, оперирующие метаданными, агрегированными с других онлайн-порталов.

Booking обладает долей рынка в Германии, значительно превышающей 30%. По мнению антимонопольного органа, навязывание условия паритета цен особенно ограничивает деятельность малых и средних объектов размещения, которые становятся зависимыми от платформы Booking. В решении отмечено, что для отелей в Германии присутствие на платформах онлайн-бронирования является основным каналом продажи номеров. Вместе с тем отели пытаются снизить свою зависимость от платформ бронирования, активно развивая и продвигая собственные официальные сайты.

Чтобы попасть на платформу Booking, отели заключают с компанией договор, в котором оговаривается, что часть дохода от продажи каждого номера, зарезервированного через платформу Booking, перечисляется на счет онлайн-платформы. В целом Booking получает 10–15% с каждого бронирования. В некоторых

⁶ Case summary “Best price clause of online hotel platform Booking”. URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (дата обращения: 08.01.2020).

случаях (например, в высокий сезон) доход Booking может составлять 30–50 % от каждого бронирования.

22 января 2016 г. компания Booking обратилась в Верховный региональный суд Дюссельдорфа с иском об оспаривании решения Федерального офиса по картелям Германии.

4 июня 2019 г. Верховный региональный суд Дюссельдорфа отменил решение Федерального офиса по картелям Германии по делу Booking. Решение суда основано на результатах опроса потребителей и отельеров. Суд постановил, что, в отличие от широкого применения условия паритета цен, узкое применение данного принципа не ограничивает конкуренцию, а, наоборот, является необходимым для установления справедливых и сбалансированных отношений между платформенными компаниями, такими как Booking, и отелями. Узкое применение условия паритета цен предотвращает использование несправедливой публичности отелем, когда он находится в листинге одной известной платформы, а все операции совершает через другую или через свой официальный сайт, где предложены более низкие цены. По мнению суда, такое поведение может считаться «ненадлежащим перенаправлением клиентских бронирований».

Помимо Германии, разбирательство в отношении антиконкурентных практик Booking продолжилось в Швеции, но уже в форме частного коллективного иска. В июле 2018 г. Суд по патентам и рынкам Швеции рассмотрел иск ассоциации туристического бизнеса Visita и признал компанию Booking виновной в нарушении конкурентного законодательства ЕС по признакам злоупотребления своим доминирующим положением на рынках онлайн-туристических агентств и онлайн-бронирования отелей⁷. По мнению суда, использование Booking условия паритета цен ограничивает отели в предложении лучшей цены на своем официальном сайте.

На основании анализа рынка суд установил, что 55–60 % потребителей согласились бы бронировать номера на официальном сайте отеля, а не на платформе Booking, если бы разница в стоимости номера составила 5 %. Кроме того, отели могут значительно сэкономить на административных расходах, которые в настоящее время составляет комиссия платформы Booking, взимаемая с каждого бронирования.

Суд постановил, что Booking должна прекратить нарушение антимонопольного законодательства в трехмесячный срок.

9 мая 2019 г. Суд кассационной инстанции Швеции отменил решение Суда по патентам и рынкам, предписывающее Booking устранить из своих договоров узкий принцип применения условия паритета цен. В рамках данного разбирательства ассоциация Visita не удалось убедить суд, что наличие даже узкого принципа наносит существенный ущерб конкуренции на рынке онлайн-бронирования отелей⁸. Данное судебное решение не подлежит оспариванию на территории Швеции.

Другое значительное дело об установлении паритетных условий рассмотрено Европейской комиссией. В 2015 г. Комиссия возбудила дело в отношении цифровой компании Amazon по признакам злоупотребления доминирующим положением (ст. 102 ДФЕС) на рынке онлайн-продажи электронных книг. Сущностью нарушения явилось установление в соглашениях между Amazon и поставщиками электронных книг, предназначенных для обращения на территории ЕС, условий

⁷ The Swedish Patent and Market Court of Appeal: Not established that narrow parity clauses restrict competition // Antitrust Alliance. URL: <http://antitrust-alliance.org/the-swedish-patent-and-market-court-of-appeal-not-established-that-narrow-parity-clauses-restrict-competition> (дата обращения: 12.03.2020).

⁸ Price parity clauses and Booking.com...

о паритете цен и выбора (§ 2–4 решения Европейской комиссии⁹). Данные соглашения предусматривали, в частности, что поставщики электронных книг будут уведомлять Amazon о более привлекательных условиях, которые они предлагают на других площадках, и сделают такие условия доступными для Amazon. Расследование проводилось в отношении как головной компании Amazon Inc, так и дочерних компаний, специализирующихся на распространении электронных книг Amazon EU SARL, Amazon Digital Services LLC и Amazon Media EU SARL (для целей данного кейса в дальнейшем именуется Amazon).

Европейская комиссия определила, что Amazon занимал доминирующее положение на рынке розничной торговли электронными книгами на английском и немецком языках с 2011 по 2015 г. Доля компании в сегменте английского языка составляла 80–100% (в зависимости от страны ЕС), в сегменте немецкого языка — от 30–50% в 2011 г., когда компания вышла на данный рынок, до 50–70% в 2015 г. (§ 58–60 указанного решения).

Кроме того, Европейская комиссия отметила, что существуют высокие барьеры входа на рынок розничной торговли электронными книгами на территории ЕС. Высокие барьеры входа на рынок обуславливаются такими факторами, как масштаб деятельности и экономия на масштабе (потенциальным конкурентам необходимо иметь большой каталог электронных книг, чтобы конкурировать с Amazon), наличие эффекта «запирания» пользователя (lock-in effects) (Amazon в настоящее время оперирует целой экосистемой, предлагая пользователю читать электронные книги, купленные на Amazon, на собственном устройстве Kindle, что делает цену переключения на другую площадку высокой для пользователя) (§ 65 решения).

В рамках расследования Комиссия пришла к выводу, что соглашения, заключаемые между Amazon и поставщиками электронных книг, содержат положения об установлении условий о паритете цен. Компания Amazon обязывала поставщиков электронных книг уведомлять о фактах установления более привлекательных условий и цен реализации электронных книг на других площадках и предлагать такие же или подобные условия на площадке Amazon. Помимо этого, некоторые договоры содержат положения о паритете выбора; это означает, что поставщики электронных книг в случае размещения на альтернативных площадках версий книг, обладающих лучшими функциональными характеристиками (например, дополненные версии; версии, имеющие большее количество интерактивных элементов и пр.), обязаны предложить Amazon данные версии электронных книг. Если же такие версии не поддерживаются устройством для чтения Amazon Kindle, поставщики электронных книг должны привести формат своих книг в соответствие с техническими характеристиками устройства.

По мнению Комиссии, закрепление в договорах условий о паритете цен снижает стимулы поставщиков электронных книг предлагать более выгодные условия и цены другим площадкам и каналам распространения, а также создавать принципиально новые бизнес-модели. Закрепление в договорах условий о паритете цен снижает возможности развития конкурирующих площадок, на которых поставщики потенциально могли бы реализовывать электронные книги, и усиливает рыночные позиции компании Amazon (§ 78 решения). Установление условий паритета выбора снижает стимулы поставщиков не только реализовывать электронные книги

⁹ European Commission Decision of 4 May 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and Article 54 of the EEA Agreement on Case AT. 40153 — E-book MFNs and related matters.

на альтернативных площадках, но и в целом совершенствовать функциональные характеристики своих электронных книг.

Amazon не согласилась с выводами Комиссии, однако предложила ряд условий, которые позволяют устранить опасения Комиссии относительно ограничения конкуренции на рынках розничной торговли электронными книгами на английском и немецком языках. Amazon принял на себя следующие обязательства сроком на пять лет со дня вынесения Комиссией решения (§ 177–197 решения):

устранить из договоров с поставщиками электронных книг, предназначенных для реализации на территории ЕС, условия о паритете цен (и другие паритетные условия, которые вызвали опасения Комиссии); Amazon обязуется в течение семи дней уведомить каждого поставщика электронных книг, что данные положения договоров прекращают свое действие;

не включать условия о паритете цен (и другие паритетные условия, которые вызвали опасения Комиссии) в новые соглашения с поставщиками электронных книг, предназначенных для реализации на территории ЕС, вне зависимости от языка их написания.

Дело Европейской комиссии в отношении Amazon считается знаковым, поскольку отвечает на множество вопросов конкуренции относительно установления условий паритета цен.

Американские антимонопольные органы — Федеральная торговая комиссия и Департамент юстиции США — применили иной подход к рассмотрению дел об установлении условий паритета цен. Так, в отличие от европейских коллег, рассматривающих установление паритета цен в качестве разновидности вертикальных отношений, американские правоприменители трактуют подобные соглашения как горизонтальные, являющиеся нарушением разд. 1 Акта Шермана. Однако к настоящему моменту в США не сложилось однозначной практики по условиям паритета цен, что будет продемонстрировано на следующих примерах антимонопольных дел.

Наиболее ярким примером является рассмотренное в 2015 г. дело в отношении корпорации Apple по установлению условий паритета цен в соглашениях с поставщиками электронных книг¹⁰. По данным Департамента юстиции США, Apple заключила антиконкурентное соглашение с пятью ведущими американскими издательствами (Hachette Book Group, Inc., HarperCollins Publishers, Macmillan Publishers, Penguin Group, Simon&Schuster, Inc.). По данному делу в суде предстала только компания Apple, поскольку все пять издательств заключили с Департаментом юстиции США мировые соглашения.

Линия обвинения была построена вокруг доказывания наличия сговора Apple с издательствами. Департамент юстиции утверждал, что до появления iBookstore в 2011 г. издательства размещали свои электронные книги на площадке Amazon по цене 9,99 долларов США за электронную книгу. После релиза своего собственного сервиса по продаже электронных книг Apple предложила издательствам заключить соглашения, которые содержали условия паритета цен. При этом предлагаемая цена реализации электронных книг на площадке Apple устанавливалась от 9,99 долларов до 14,99 долларов. На вопросы журналистов о том, почему потребители должны приобретать электронную книгу на платформе Apple за 14,99 долларов, хотя могут ее купить на Amazon по более низкой цене, представители Apple отметили, что издательства, заключая контракт с Apple, просто уходят с площадки Amazon. Помимо этого, было установлено, что во время заключения контрактов представители издательств сделали более 100 телефонных

¹⁰ US v. Apple, Inc., 792 F. 3d 290 (2nd Cir. 2015).

звонков друг другу. Глава корпорации Apple Стив Джобс лично звонил президенту издательства HarperCollins Брайану Мюррею с целью уговорить его реализовывать свои электронные книги на площадке Apple.

Принимая во внимание аргументацию обвинения, суд вынес решение о наличии антиконкурентного сговора между компанией Apple и ведущими издательствами и назначил компании Apple штраф в размере 450 млн долларов США.

Данное дело стало знаковым для американского правоприменения, поскольку впервые суд рассматривал наличие горизонтального сговора между участниками, по сути, вертикальных соглашений. Кроме того, данный прецедент возник на цифровом рынке, обращение товара на котором имеет специфические особенности. Департамент юстиции США дал рынку отчетливый сигнал о том, что цифровые платформы не могут злоупотреблять своей рыночной силой ни по отношению к контрагентам, ни по отношению к другим платформам.

Подобный подход также применялся в судебном разбирательстве против туристических операторов, осуществляющих деятельность онлайн¹¹. Данное дело было инициировано рядом частных истцов, которые утверждали, что отели вступили в сговор с онлайн-туристическими агентствами с целью внедрить условия паритета цен, которые являются оправданием для отелей не снижать цены на проживание. По мнению истцов, данная практика представляет собой национальный сговор объектов размещения и онлайн-площадок с целью поддержания цен и устранения конкуренции внутри рынка. Суд отклонил иск из-за отсутствия необходимой доказательной базы существования такого соглашения. Вслед за этим решением истцы совершили попытку внести изменения в свою позицию, исключив отели в качестве ответчиков и обвиняя онлайн-туроператоров в заключении антиконкурентного соглашения. Заявлялось, что цель сговора между онлайн-туроператорами состояла в устранении конкуренции между ними. Данный иск также был отклонен судом, поскольку новые обвинения подтверждались теми же фактами, что и в предыдущем деле, однако этого недостаточно для доказывания существования антиконкурентного сговора.

Таким образом, применение компаниями условий паритета цен в широком смысле является ограничением для развития конкуренции на соответствующем рынке и требует принятия от антимонопольного органа соответствующих мер. Что касается применения узкого толкования условия паритета цен, то, как видно из приведенных примеров, однозначной правоприменительной и судебной практики к настоящему моменту не сложилось.

Узкое применение условий паритета цен касается исключительно отношений между онлайн-площадкой и поставщиком, без вмешательства в отношения поставщика с другими каналами сбыта, в том числе альтернативными цифровыми площадками. В этой ситуации может сложиться конкуренция платформ через предоставление более выгодных условий поставщикам, например с помощью установления меньшей суммы или процента комиссии, взимаемой с каждой продажи. Здесь также возникает и конкуренция каналов продаж, поскольку поставщик может реализовывать товар или услугу по различным ценам и на различных условиях.

Последствия узкого применения условий паритета цен должен анализировать антимонопольный орган, в каждом конкретном случае оценивая проконкурентные и антиконкурентные эффекты от применения подобных положений. Во внимание необходимо принимать не только показатели цены, но и другие критерии, такие как особенности и динамика конкретного рынка.

¹¹ In Re Online Travel Co (OTC) Hotel Booking Antitrust Litigation, 2014 WL 8276572 (ND Tex 2014).

2. Нарушение поискового нейтралитета: дискриминационные и недобросовестные практики на рынке интернет-поиска

Технологические гиганты, такие как Google, Yandex, Microsoft, Baidu, активно диверсифицируют направления деятельности, работая в самых разных областях: здравоохранения, перевозок пассажиров, маркетплейсов, беспилотного транспорта и др. Тем не менее интернет-поиск остается одним из основных направлений, потому что реклама в поиске составляет существенную долю дохода этих компаний. «Интернет-поиск с его гибкостью и возможностью быстро подстроиться под меняющиеся обстоятельства, включая пандемию, — тот столп, который дает нашей компании уверенность в завтрашнем дне», — заявил в разгар пандемии исполнительный директор Google¹².

Занимая доминирующее положение на национальных рынках (например, Baidu доминирует в Китае, Google — в Евросоюзе и многих других странах, «Яндекс» занимает лидирующие позиции в России), компании используют различные стратегии усиления рыночной власти, в том числе стратегии, дискриминирующие конкурентов.

Дело, которое раскрутило маховик расследований на рынке интернет-поиска, выросло из жалобы небольшой английской компании и в итоге привело к последовательному возбуждению Европейской комиссией трех дел о злоупотреблении со стороны Google доминирующим положением на рынке вертикального поиска¹³, рынке предустановленных приложений Android¹⁴ и рынке поисковой онлайн-рекламы¹⁵.

Схожие антиконкурентные практики Google привели к расследованиям и в других юрисдикциях¹⁶. Например, Федеральная антимонопольная служба (ФАС) России первой в 2015 г. вынесла решение по злоупотреблению со стороны Google на рынке предустановленных магазинов приложений для операционной системы Android, опередив Еврокомиссию¹⁷. Летом 2019 г. была подана жалоба в ФАС России об антиконкурентной практике «Яндекса» на рынке вертикального поиска¹⁸. Летом 2020 г. аналогичные жалобы в ФАС России против «Яндекса» подали еще восемь компаний — Avito, «Дром», «Туту.ру», ЦИАН, Ivi, Profi.ru, Zoon.ru, 2ГИС¹⁹.

Решения Европейской комиссии, в особенности об антиконкурентной практике на рынке вертикального поиска, подробно аргументированы, а история, сложившаяся вокруг этих разбирательств, и вовсе вскрывает множество нюансов функционирования рынка интернет-поиска. Поэтому для России, в условиях жалоб

¹² Alphabet Q1 2020 Earnings Call. P.3. URL: https://abc.xyz/investor/static/pdf/2020_Q1_Earnings_Transcript.pdf?cache=712d537 (дата обращения: 15.02.2020).

¹³ European Commission Case AT. 39740 — Google Search (Shopping).

¹⁴ European Commission Case 40099 Google (Android).

¹⁵ European Commission Case 40411 Google Search (AdSense).

¹⁶ Например, дела, рассмотренные Антимонопольным ведомством Франции: Decision 19-D-26 of 19 December 2019 regarding practices employed in the online search advertising sector (дело злоупотребления Google на рынке онлайн-рекламы). URL: https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/attachments/2020-04/19d26_en.pdf (дата обращения: 15.02.2020); Décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020 relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale e. a. et l'Agence France-Presse (предписание по делу о злоупотреблении Google на рынке общего интернет-поиска). URL: https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2020-04/20mc01.pdf (дата обращения: 15.04.2020).

¹⁷ Решение и предписание ФАС России от 05.10.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15.

¹⁸ «Кассир.ру» пожаловался на «Яндекс» в ФАС. URL: <https://www.vedomosti.ru/technology/news/2019/06/28/805290-kassirru> (дата обращения: 15.02.2020).

¹⁹ См. об этом: *Шестоперов Д., Лебедева В. С* «Яндекса» спросят за ответы.

на ограничение конкуренции со стороны участников рынка вертикального поиска, понимание нюансов уже свершившихся расследований на рынке вертикального поиска имеет большое значение.

За кулисами расследований Европейской комиссии находится история борьбы небольшой английской компании Foundem с корпорацией Google за равный доступ к способам продвижения в поисковой выдаче, но именно эта витиеватая история привела к целой серии дел в отношении Google²⁰.

Стартап Foundem, охарактеризованный The Sunday Times как «Грааль поиска авиабилетов»²¹, вышел на рынок интернет-поиска в январе 2006 г., применяя для вертикального поиска запатентованный алгоритм²². На сайте Foundem пользователь мог искать товары по категориям (телефоны, бытовая электроника, отели, авиабилеты, одежда и др.), сравнивая цены. Такой поиск, называемый вертикальным (vertical search, specialized search), ориентирован на определенную область и позволяет осуществить глубокий поиск по заданной тематике²³. Так, проводить детальный поиск по категориям товаров (вертикальный поиск) дают возможность сайты profi.ru (услуги), avto.ru (машины), kassir.ru (билеты в театр), scscanner.ru (авиабилеты), booking.ru (отели) и др.

Уже спустя полгода, в июне 2006 г., возникла проблема: Google перестал показывать сайт Foundem в поисковой выдаче. Проблема эта возникла после того, как Google обновил свой поисковый алгоритм.

Однако даже несмотря на дискриминацию со стороны Google, в 2007 г. The Times называет Foundem в числе топовых сайтов для путешествий (поиск билетов, отелей, товаров)²⁴, с Foundem заключают договоры крупные продавцы товаров. В то же время сервис Google для поиска товаров — Shopping — остается мало популярным²⁵. Тогда же Google для продвижения своего сервиса начинает применять новый алгоритм — Universal Search, который при любых запросах пользователя показывает сервис Google Shopping в поисковой выдаче выше сервисов конкурентов и использует для этого расширенный формат с изображениями и описанием товаров. Это приводит к дальнейшему проседанию трафика у конкурентов Google.

За четыре года упорных обращений Foundem к Google в попытке восстановить справедливость вскрылось несколько интересных фактов: например, у Google существовал «белый» список сайтов, включение в который гарантировало, что сайт будет показан в выдаче и не будет дискриминирован алгоритмом Google; Google

²⁰ См. подробнее: *Manthorpe R.* Google's Nemesis: Meet The British Couple Who Took On A Giant, Won... And Cost It £ 2,1 Billion. URL: <https://www.wired.co.uk/article/fine-google-competition-eu-shivaun-adam-raff> (дата обращения: 15.02.2020).

²¹ Website of the week: foundem.com. URL: <https://www.thetimes.co.uk/article/website-of-the-week-foundemcom-5j0fj93f0kl> (дата обращения: 15.02.2020).

²² Google's Anti-Competitive Search Manipulation Practices. A Timeline of the European Commission, U. S. FTC, DOJ, and State AG Antitrust Probes, Prohibition Decisions & Lawsuits. P. 2–3 // Foundem. URL: http://www.foundem.co.uk/Foundem_Google_Timeline.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

²³ Вертикальные поисковики — некоторые части доклада. URL: <https://habr.com/ru/post/27194> (дата обращения: 15.02.2020).

²⁴ 50 best travel websites of 2007. URL: <https://www.thetimes.co.uk/article/50-best-travel-websites-of-2007-g5w9fqjdj5f> (дата обращения: 15.02.2020).

²⁵ The Guardian так писал в 2007 г.: «Трафик сервиса Google Shopping снизился на 73,26 %. Это не удивительно, потому что сервис этот не очень хороший. Что действительно удивляет, так это то, что Shopping по-прежнему попадает на очень ценную домашнюю страницу Google, тогда как сервис Google Видео, трафик которого упал всего на 12 %, скрыт в разделе «Еще»». URL: <https://www.theguardian.com/technology/blog/2007/dec/23/googlesgrowthbycomscorenum> (дата обращения: 15.02.2020).

вручную корректировал результаты поисковой выдачи, включая сайты в «белый» список²⁶.

В 2009 г. Foundem обратился с заявлением о нарушениях со стороны Google в Комиссию, что положило начало масштабным расследованиям Комиссии в отношении Google и возбуждению трех дел, длившихся в совокупности по всем делам девять лет. Таким образом, во многом дело Google Shopping стало возможно благодаря усилиям компании Foundem, которая инициировала дело, а также активно принимала участие на всех этапах рассмотрения дела²⁷.

В России в роли такой небольшой компании выступила компания ООО «ПРОМТ-Сервис», обратившая внимание ФАС России на недобросовестные практики «Яндекса» на рынке интернет-поиска. Данное дело, к сожалению, не заинтересовало ФАС России и было передано в Управление ФАС (УФАС) Москвы, которое впоследствии отказало в возбуждении дела против «Яндекса»²⁸.

Особенно удивляет аргумент УФАС России, процитированный судом (по-видимому, скопированный из документов от представителей «Яндекса») о том, что «ПРОМТ-Сервис» «не ограничен в праве создать иную поисковую систему и осуществить соответствующие действия по продвижению собственных услуг аналогичным путем»²⁹. Подобное заявление от УФАС сильно контрастирует с позицией Европейской комиссии, которая не предлагала Foundem разработать свой поисковик, а рассмотрела дело по существу и пришла к выводу о необходимости пресечения недобросовестных практик Google на рынке интернет-поиска.

Итак, в ноябре 2010 г. Европейская комиссия начинает расследование о нарушении ст. 102 ДФЕС со стороны Google путем злоупотребления доминирующим положением. Беспокойство Комиссии вызывали жалобы о том, что Google отдавал преимущество в поисковой выдаче своим сервисам в обход аналогичных сервисов конкурентов, манипулируя результатами органической и рекламной выдачи³⁰. Как следствие, во многих случаях пользователям было сложно найти сайты конкурентов Google, которые предлагали схожие с Google сервисы (например, поиск авиабилетов, отелей, ресторанов). При этом пользователей не проинформировали о том, что в результатах поисковой выдачи преимущество отдается сервисам Google³¹.

²⁶ Google's Anti-Competitive Search Manipulation Practices. P. 6–7.

²⁷ В частности, компания Foundem направляла в Комиссию детальное описание действий Google, по ее мнению нарушавших конкуренцию, давала подробные пояснения о том, почему конкурентные решения, которые предлагал Google, неприемлемы и не приведут к восстановлению конкуренции. И даже сейчас, когда Foundem прекратил деятельность на рынке вертикального поиска, потому что был вытеснен Google (по мнению Foundem, к серьезному снижению трафика на сайте Foundem и к результирующей потере пользователей привела недобросовестная конкуренция со стороны Google), основатели компании продолжают следить за делом Google Shopping и аргументированно показывают на специально созданном для этого сайте, почему Google исполняет решение Комиссии ненадлежащим образом (см. сайт, основанный компанией Foundem. URL: <http://www.searchneutrality.org> (дата обращения: 15.02.2020)).

²⁸ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 17.07.2019 по делу № А40-54596/19-121-450. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1979ca8c-d079-485b-910a-59ed57d75e87/56e8450b-6921-4aaf-a701-812ee11a2c61/A40-54596-2019_20190717_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 15.02.2020).

²⁹ Там же. С. 6.

³⁰ См. подробнее: *Guimarães G. C. Global Technology and Legal Theory: Transnational Constitutionalism, Google and the European Union*. New York: Routledge, 2019.

³¹ Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialised search rivals — Frequently asked questions. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_14_87 (дата обращения: 15.02.2020).

Комиссия подчеркнула, что ее цель состоит не в искусственном перенаправлении трафика на сайты, конкурирующие с сервисами Google, а в обеспечении *надлежащего информирования* пользователей о существовании этих конкурирующих сайтов и о том, что эти сайты релевантны запросам пользователей, а также в предоставлении пользователю возможности доступа к конкурирующим сайтам³².

В данном деле Комиссия определила следующие границы рынка: 1) рынок услуг общего поиска (*general search services*); 2) рынок услуг вертикального поиска в области сравнения товаров (*comparison shopping services*)³³.

Вместе с тем через все решение Комиссии проведен тезис о том, что даже если границы рынка Комиссия определила неверно (например, она пишет: если Google привел правильный аргумент о том, что рынок вертикального поиска и рынок онлайн-продаж, рынок все равно един, и неверно выделять только рынок вертикального поиска), выводы Комиссии об антиконкурентном поведении Google остаются неизменными. Дело в том, что поведение Google будет нарушать конкуренцию на рынке при любом варианте определения границ рынка, как в границах вертикального рынка, определенных Комиссией, так и в границах единого рынка (вертикального и онлайн-продаж), предложенных Google³⁴.

Подобный подход — фокус на оценке эффектов антиконкурентного поведения и минимизация значимости определения границ рынка — это новый подход, характерный для цифровой эпохи. Иначе говоря, антимонопольные органы считают гораздо более продуктивным для оценки антиконкурентного поведения сосредоточиться на эффектах, которые действия субъекта оказывают на состояние конкуренции на рынке, нежели пытаться четко установить границы рынка³⁵. В этом же ключе высказались и авторы Доклада Европейской комиссии «Конкурентная политика в цифровую эпоху» 2019 г.: «На цифровых рынках антимонопольные органы должны уделять меньше внимания анализу определения границ рынка и больше внимания теориям вреда и идентификации антиконкурентных стратегий»³⁶.

Какие антиконкурентные действия совершил Google? По итогам семи лет рассмотрения дела (с 2010 по 2017 г.) Комиссия пришла к выводу, что злоупотребление доминирующим положением со стороны Google состояло в следующем.

Во-первых, Google использовал нарушающий конкуренцию алгоритм ранжирования сайтов. Комиссия установила, что поисковый алгоритм Google был настроен таким образом, чтобы занижать позиции сайтов — конкурентов Google

³² Ibid.

³³ Общий поиск (онлайн-поиск, горизонтальный поиск) — это поиск «вширь». Например, поиск в браузере Google по запросу «авиабилеты» выдаст ссылки на разные сайты с авиабилетами (например, aviasales.ru, skyscanner.ru и др.). В отличие от горизонтального поиска, вертикальный поиск (*specialised search, vertical search*) позволяет осуществить глубокий поиск по заданной тематике, т. е. это поиск авиабилетов на сайте momondo.ru с применением разных фильтров — по авиакомпаниям, направлениям полета, с пересадкой или без и др. Иными словами, горизонтальный поиск является экстенсивным, а вертикальный — интенсивным. Разновидностью вертикального поиска выступает поиск в области сравнения товаров и цен на эти товары (*comparison shopping services*, например Google Shopping или «Яндекс.Маркет»).

³⁴ Case AT. 39740 — Google Search (Shopping). Commission Decision, Paras 638, 641–643. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

³⁵ См. об этом: *Massarotto G. Antitrust Settlements: How a Simple Agreement Can Drive the Economy*. London: Wolters Kluwer, 2019.

³⁶ European Commission. Competition Policy for the Digital Era. A report / J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer. P.3–4. URL: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (дата обращения: 15.02.2020).

в поисковой выдаче (§ 358–359 дела AT. 39740 Google Search (Shopping))³⁷. Приведем лишь один из многочисленных примеров, содержащихся в материалах дела: с августа 2011 г., когда Google стал использовать алгоритм Google Panda, кардинально изменивший ранжирование результатов поиска, у немецкого вертикального поискового сервиса *ciao.de* резко сократился пользовательский трафик, сокращение продолжалось пять лет (до декабря 2016 г.) (§ 367 (b) дела). Комиссия установила, что Google показывает сайты с самым высоким пользовательским трафиком (и *ciao.de* — один из таких сайтов) на второй странице поисковой выдачи и ниже (§ 370).

Во-вторых, антиконкурентным был способ отображения результатов поисковой выдачи. Комиссия установила, что сайты конкурентов располагаются в Google только в органической выдаче и им не доступен визуально обогащенный, привлекательный формат (rich format) с изображениями и дополнительной информацией о товарах и цене (§ 371). Изучив доказательства, Комиссия пришла к выводу, что обогащенный формат отображения сайта увеличивает показатель кликабельности (click-through rate, CTR) (§ 398–401). Согласно исследованиям, подобный формат увеличивает трафик и количество переходов на сайт, оказывая значительное влияние на поведение пользователя (§ 374–375)³⁸. Таким образом, использование обогащенного формата отображения способствовало увеличению трафика для сервиса Google и, наоборот, влекло снижение внимания к сайтам конкурентов.

Комиссия отмечает, что и *по расположению* в поиске, и *по способу отображения* (в обогащенном формате) сервис Google существенно отличается от конкурентов, несмотря на то что, по сути, все сервисы (и Google, и конкурентов) являются схожими по характеристикам сервисами (§ 378–379). Иными словами, преимущества расположения и отображения сервиса Google обоснованы не существенным отличием сервиса Google, а лишь искусственным завышением места сервиса в поиске.

Комиссия установила, что Google располагал свои сервисы на первой странице поисковой выдачи двумя способами: 1) над результатами органической выдачи; 2) в числе первых результатов органической выдачи (§ 385). При этом сервисы Google всегда располагались на первой странице таким образом, чтобы пользователь мог видеть их сразу, без необходимости прокручивать страницу поисковой выдачи вниз. Причина этого проста: «...резко увеличить трафик... и направить его к сервису сравнения товаров Google» (§ 386).

Здесь любопытно снова провести параллель с ситуацией в современной России. В 2019 г. цифровые платформы, среди которых *profi.ru*, *cian.ru*, *2gis.ru*, добивались от «Яндекса» прекращения аналогичной дискриминационной практики: сервисы «Яндекса» (например, «Яндекс.Услуги», «Яндекс.Недвижимость», «Яндекс.Погода» и др.) «появляются на странице с результатами поиска сразу после рекламы и перед органической выдачей»³⁹. Ситуация, когда «Яндекс» располагает свои сервисы в поисковой выдаче преимущественно по отношению

³⁷ Case AT. 39740 — Google Search (Shopping). Commission Decision. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

³⁸ Так, проведенные по данному делу исследования с привлечением респондентов показали, что отображение большой картинки с товаром увеличивало CTR в разы (CTR умножался на коэффициент от 2,2 до 3,7). Напротив, отображение обычного текста с небольшой статичной картинкой не приводило к увеличению CTR.

³⁹ Avito, ЦИАН и другие компании объединились против «Яндекса». URL: <https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2019/06/30/805453-konkurenti-yandeksa> (дата обращения: 07.08.2020); Шестоперов Д., Лебедева В. С «Яндекса» спросят за ответы.

к конкурирующим сервисам, аналогична упомянутым выше антиконкурентным действиям Google в деле Google Shopping.

Однако не только преимущественное расположение сервисов «Яндекса» в поисковой выдаче беспокоит вышеупомянутые цифровые платформы. Использование «Яндексом» обогащенного способа отображения своих сервисов (с картинками, интерактивными формами ввода текста и другими интерактивными виджетами) вызывает не меньшее беспокойство. Так, kassir.ru в заявлении в ФАС России указал, что «“Яндекс” продает билеты с помощью виджетов, отказывая в такой возможности другим игрокам даже на коммерческой основе»⁴⁰. Поэтому проведенный Европейской комиссией в деле Google Shopping анализ антиконкурентного *способа отображения* результатов поисковой выдачи представляется не менее важным для России. Так, Комиссия установила, что главное отличие по способу отображения между сервисами Google и его конкурентами — это отображение сервисов Google в обогащенном режиме, с более богатыми графическими функциями, в том числе картинками и интерактивной информацией (§ 397 дела AT. 39740).

Не только компании, осуществляющие вертикальный поиск, но и, например, упоминавшаяся выше компания «ПРОМТ-Сервис», предлагающая пользователям сайт с функцией автоматического перевода, жаловалась в ФАС России на дискриминацию со стороны «Яндекса»⁴¹. Как отмечает сама компания, «ни “ПРОМТ-Сервис”, ни любой другой конкурент “Яндекса” не может рекламировать себя в поисковых подсказках (suggest) и не может разместить колдунщик (wizard) — свою форму экспресс-перевода (или форму заказа товара, билета) прямо в результатах поиска “Яндекса”. Учитывая, что пользователи ищут необходимое в сети через поисковые системы, то “Яндекс”, занимая более 55 % рынка поиска, создает своими действиями дискриминационные условия для других участников рынка»⁴². Как мы отметили выше, УФАС Москвы, отказывая в возбуждении дела, предложило компании разработать собственную поисковую систему.

2.1. Предложения по устранению признаков нарушений конкуренции

В 2012 г. действующий на тот момент европейский комиссар по вопросам конкуренции Хоакин Альмуния написал письмо Эрику Шмидту, главе совета директоров Google, и предложил Google разработать способы для восстановления конкуренции на рынке интернет-поиска. Хоакин Альмуния подчеркнул, что если Комиссия сочтет надлежащими способы, которые предложит Google, то она ограничится вынесением решения в форме предложения без наложения штрафа⁴³.

Возможность Комиссии вынести решение в форме предложения по устранению нарушения (commitment decision) установлена ст. 9 Антимонопольного регламента ЕС⁴⁴. Согласно этой статье предложения разрабатывает компания-нарушитель, а Комиссия утверждает их⁴⁵.

⁴⁰ Avito, ЦИАН и другие компании объединились против «Яндекса».

⁴¹ ПРОМТ прокомментировал судебное разбирательство с Яндекс. URL: https://www.promt.ru/press/news/PROMT_prokomentiroval_sudebnoe_razbiratelstvo_s_YAndeks (дата обращения: 15.02.2020).

⁴² Там же.

⁴³ Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation Press room Brussels, 21 May 2012. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_372 (дата обращения: 15.02.2020).

⁴⁴ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (дата обращения: 15.02.2020).

⁴⁵ Проводя аналогию с евразийским антимонопольным регулированием, можно заметить, что по сути это аналог такого инструмента права Евразийской экономической комиссии, как «пред-

Для урегулирования вопроса Google в течение 2013–2014 гг. направил в Еврокомиссию несколько предложений о действиях, которые он готов совершить для решения проблемы. В финальном документе, представленном Еврокомиссии в 2014 г., Google согласился на внесение существенных изменений в режим отображения результатов поисковой выдачи — всякий раз, когда в поисковой выдаче Google отображает свои сервисы в преимущественном порядке, сервисы конкурентов должны отображаться параллельно и в сопоставимом формате⁴⁶.

С февраля 2014 по апрель 2015 г. Комиссия принимала решение о том, соглашаться ли с предложенным Google способом устранения нарушения на рынке интернет-поиска⁴⁷. В итоге в апреле 2015 г. Комиссия отклонила предложение Google и продолжила рассмотрение дела против Google о нарушении конкуренции на рынке интернет-поиска. Более того, одновременно с отклонением предложения Google Комиссия возбудила еще одно дело — о нарушении со стороны Google конкуренции на рынке мобильной операционной системы «Андроид»⁴⁸. Можно только удивляться, к каким серьезным последствиям для Google привело заявление небольшой английской компании Foundem, поданное в Комиссию в 2010 г., и сколько раз впоследствии Google, вероятно, пожалел о том, что игнорировал в 2006–2009 гг. просьбы Foundem урегулировать конфликт путем переговоров.

Почему после нескольких лет интенсивных переговоров с Google Комиссия отклонила предложенный Google способ урегулирования конфликта на рынке интернет-поиска?

Несомненно, в предложениях Google были положительные для конкуренции моменты: например, он согласился отображать в поисковой выдаче сайты конкурентов «в формате, который визуально сопоставим с форматом ссылок на сервисы Google. Например, если ссылки на сервисы Google содержат изображения, у конкурирующих сайтов также будут ссылки с изображениями, в том числе на мобильных устройствах»⁴⁹.

Однако предложения Google, несмотря на кажущуюся проконкурентную направленность, имели серьезный недостаток, выявленный Комиссией в ходе публичных опросов и исследований рынка (market test), которые Комиссия проводила несколько раз, чтобы оценить полученные от Google предложения⁵⁰. И каждый раз участники опроса негативно оценивали предложения Google⁵¹.

ложение о совершении действий, направленных на устранение признаков нарушения и обеспечение конкуренции на трансграничных рынках», только в случае Евразийской экономической комиссии предложения разрабатывает сама Комиссия, а не нарушитель. К сожалению, в России антимонопольное законодательство не содержит аналога предложений по устранению нарушения (commitment decision).

⁴⁶ For Market Test. COMMITMENTS IN Case COMP/C-3/39.740 — Foundem and others. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_8608_5.pdf (дата обращения: 15.02.2020). — См. также иллюстрации предложенных Google изменений в меморандуме Еврокомиссии: European Commission Memo. 2014. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/memo_14_87/MEMO_14_87_EN.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

⁴⁷ См. подробнее: *Graef I.* EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility. London: Kluwer Law International, 2016. P. 83–84.

⁴⁸ Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service; opens separate formal investigation on Android. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_4780 (дата обращения: 15.02.2020).

⁴⁹ Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialized search rivals — Frequently asked questions. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_14_87 (дата обращения: 15.02.2020).

⁵⁰ Article 27 (4) of Regulation 1/2003. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:EN:PDF> (дата обращения: 15.02.2020).

⁵¹ См., напр.: *Massarotto G.* Antitrust Settlements. P. 157.

Основной подводный камень всех предложений Google — это механизм аукциона. Google согласился отображать не более трех сайтов конкурентов в сопоставимом интерактивном формате. Для того чтобы попасть в число сайтов, которые Google будет отображать в визуально привлекательном формате параллельно со своим сервисом, конкуренты должны принять участие в аукционе. Три сайта, которые по итогам аукциона предложат наивысшую цену, будут размещены в обогащенном формате параллельно с сервисами от Google. Иными словами, конкурентам придется платить Google наивысшую стоимость за обогащенный формат, а сайты конкурентов будут отображаться не согласно их релевантности запросам пользователей, а в зависимости от цены, которую они заплатят Google⁵².

Предложенный механизм аукциона не способствует развитию конкуренции на рынке интернет-поиска, а, наоборот, ведет к ограничению конкуренции, так как вместо отображения сайта, наиболее релевантного запросу пользователя, Google будет отображать сайт, заплативший Google наивысшую цену. «Это не уступка со стороны Google, а новый источник дохода для Google», — заключили в своем отзыве на предложения Google компании-заявители по делу Google Search (Shopping)⁵³.

Развернутое обоснование непригодности предложения Google для восстановления конкуренции приводит в еще более жесткой форме и Foundem⁵⁴. Аукцион, который предложил Google, — это «введение дополнительного антиконкурентного барьера, превращающего бесплатный трафик, формируемый на основе релевантности, в платный трафик (за размещение сайта в поиске будет взиматься плата) для всех сайтов, кроме сайтов и сервисов Google. Эта практика манипулирования поисковой выдачей приведет к катастрофической эскалации неспособности сайтов конкурировать с сервисами Google. Причем конкуренты Google окажутся под двойным антиконкурентным ударом, поскольку компания, которой конкуренты будут вынуждены платить, — это Google». Круг замкнулся на Google.

В итоге Комиссия потратила два года (2013–2014 гг.) на интенсивное обсуждение и согласование предложений Google. За это время сменился европейский комиссар по вопросам конкуренции. Так как предложенный Google способ не удовлетворил ни Маргрет Вестагер, действующего европейского комиссара по вопросам конкуренции, ни ее предшественника на этой должности Хоакин Альмуния, Комиссия отказалась от предложения Google и возобновила рассмотрение дела по существу в 2015 г.

2.2. Проблемы исполнения решения по делу Google Search (Shopping)

В 2017 г. Комиссия вынесла решение о злоупотреблении со стороны Google доминирующим положением на рынке общего поиска и рынке вертикального поиска в области сравнения товаров и привлекла Google к ответственности за нарушение ст. 102 ДФЕС. Согласно решению Комиссии, Google обязан прекратить антиконкурентные практики и выплатить штраф в размере 2,4 млрд евро. Этот

⁵² См. подробнее: *Essers L. Publishers urge European Commission to reject Google antitrust deal.* URL: <https://www.pcworld.com/article/2602600/publishers-urge-european-commission-to-reject-google-antitrust-deal.html> (дата обращения: 15.02.2020).

⁵³ Цит. по: *Ibid.*

⁵⁴ Foundem's Response (Redacted) to The Commission's 3 June 2014 Letter. P.16–17. URL: http://www.foundem.co.uk/Foundem_Response_to_Commission_Letter_July_2014.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

штраф стал одним из самых больших штрафов в антимонопольной истории Еврокомиссии⁵⁵.

Решение Комиссии, требующее от Google прекращения антиконкурентных дискриминационных практик, содержит общий принцип, которым должен руководствоваться Google, — *стандарт равенства и недискриминации* (equal treatment). Как именно Google следует изменить сервис Google Shopping, чтобы перестать дискриминировать конкурентов, в решении не указано. Комиссия отметила: «... поскольку существует более одного эффективного способа прекращения антиконкурентных практик, Google может самостоятельно выбрать один из способов» (§ 698 дела AT. 39740).

Вместе с тем в решении Комиссии подробно раскрывается стандарт равенства: конкурирующие с Google сервисы сравнения товаров необходимо отображать на страницах с общими результатами поиска Google таким же выгодным образом, как и сервисы Google. Алгоритмы Google настроены таким образом, чтобы не дискриминировать конкурентов Google: процессы и методы ранжирования и отображения результатов поиска одинаковые для всех (как для сервисов самого Google, так и для сервисов конкурентов). Равный подход распространяется на все элементы поиска, включая формат отображения результатов поиска (visibility), ранжирование и графический формат. В частности, для конкурентов Google надлежит обеспечить равный с сервисами Google визуальный внешний вид их отображения в поиске, такую же степень детализации описания их сервиса в поиске, возможность взаимодействия с пользователями (например, поддержка функции интерактивных диалогов) (§ 700).

С момента вынесения решения в 2017 г. прошло уже три года. Как Google исполняет решение Комиссии? Какой способ предложил Google, как этот способ оценивает Комиссия, что считают конкуренты Google? Соблюден ли стандарт равенства и недискриминации, предписанный Комиссией?

Google исполнил решение Комиссии следующим образом: он предложил отображать три сервиса конкурентов в окне сервиса Google Shopping. Выбор трех конкурентов будет происходить на основании аукциона — три конкурента, предложившие наивысшую цену, будут отображаться в окне сервиса Google Shopping.

Напомним, что все представленные Google в 2013–2014 гг. варианты прекращения дискриминации конкурентов, которые Google предлагал Комиссии, были отвергнуты Комиссией как ненадлежащие преимущественно из-за аукциона. Аукцион вел к тому, что конкуренты должны были бы платить Google за отображение своих сервисов; это привело бы к тому, что вместо наиболее релевантных результатов пользователь видел бы результат, за отображение которого Google получил больше всего денег.

Возникает закономерный вопрос: в чем же тогда отличие от предыдущих вариантов, которые Google предлагал Комиссии в 2013–2014 гг. и которые были отвергнуты Комиссией как ненадлежащие?

Единственное отличие нового варианта Google состоит в том, что Google тоже будет участвовать в аукционе. Google вернулся к старому варианту — отображению в окне Google Shopping трех сайтов, которые победили в аукционе, с тем лишь отличием, что Google также будет участвовать в аукционе.

Как оценивают такой подход к исполнению решения участники рынка интернет-поиска?

⁵⁵ Google fined record € 2,4 bn by EU over search engine results. URL: <https://www.theguardian.com/business/2017/jun/27/google-braces-for-record-breaking-1bn-fine-from-eu> (дата обращения: 15.02.2020).

«Предложенный Google способ исполнения решения, основанный на аукционе, — это не только полярная противоположность стандарту равенства и недискриминации, но и прямое продолжение того самого антиконкурентного поведения, которое было идентифицировано и запрещено решением Комиссии», — пишет Foundem, один из основных заявителей по делу Google Shopping⁵⁶.

Прежде всего, участие Google в своем же аукционе является фальшивым фасадом: в отличие от участвующих в аукционе конкурентов, которые будут вынуждены платить Google большую цену за победу, что лишит победителей значительной части их прибыли (а вместе с тем способности и стимула для инноваций и роста), собственные ставки Google ничего не стоят для Google, так как это фиктивные ставки: «В прямом и переносном смысле ставки Google являются монопольными деньгами — бессмысленным внутренним бухгалтерским учетом, где каждая транзакция, записанная как “затраты”, имеет равный и соответствующий “кредит”»⁵⁷.

Кроме того, аукцион Google ведет к тому, что пользователям показываются платные рекламные объявления от участников аукциона, которые предложили Google самые высокие цены, а не наиболее релевантные результаты поиска, за которыми пользователи и пришли в поиск Google. «Неудивительно, что всякий раз, когда результаты поиска, основанные на релевантности, заменяются рекламой — когда сумма, которую рекламодатели готовы платить, является решающим фактором при определении того, какие объявления показываются, — это неизбежно приводит к тому, что пользователи платят более высокие цены за товары и услуги, чем в противном случае»⁵⁸.

Участники рынка интернет-поиска в 2018 г. несколько раз обращались в Комиссию с просьбой признать, что Google исполняет решение Комиссии ненадлежащим образом, что причиняет вред конкуренции, потребителям и инновационному развитию⁵⁹.

Маргрет Вестагер отметила, что находит положительные моменты в исполнении решения со стороны Google, в частности Google стал отображать сервисы конкурентов в окне Google Shopping, куда раньше ни один конкурент Google не допускался⁶⁰. Комиссар подчеркнула, что продолжит следить за тем, как Google исполняет решение⁶¹.

Разобранный здесь кейс — лишь один из примеров недобросовестных практик на рынке интернет-поиска. Рассмотрение, длившееся семь лет, было отнюдь не простым, напротив, требовало привлечения экспертов, обладающих техническими знаниями, консультаций и разъяснений, касающихся того, как функциони-

⁵⁶ Google's CSS Auction: Different Name, Same Illegal Conduct. URL: <http://www.searchneutrality.org/google/google-css-auction-different-name-same-illegal-conduct> (дата обращения: 15.02.2020).

⁵⁷ Ibid. — См. также: Google's Blatantly Non-Compliant «Remedy». Part 3. URL: http://www.foundem.co.uk/fmedia/Foundem_Apr_2018_Final_Debunking_of_Google_Auction_Remedies (дата обращения: 15.02.2020).

⁵⁸ Google's CSS Auction.

⁵⁹ An Open Letter to Commissioner Vestager. URL: <http://www.searchneutrality.org/google/open-letter-to-commissioner-vestager-feb-2018> (дата обращения: 15.02.2020).

⁶⁰ Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google € 1,49 billion for abusive practices in online advertising. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_19_1774 (дата обращения: 15.02.2020).

⁶¹ Для того чтобы осуществлять мониторинг исполнения решения со стороны Google, Еврокомиссия заключила контракт с экспертами: Call for tenders COMP/2017/012. Technical expertise to support the commission on issues relating to an antitrust case in the IT sector. Tender Specifications. Accelerated restricted procedure in two steps. URL: https://www.mlex.com/Attachments/2017-06-28_R537PKRW553BOZGN/EN-Tender%20specifications.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

рует рынок общего и вертикального поиска. В России в условиях очень похожих жалоб от участников рынка вертикального поиска материалы, собранные в деле Google Search (Shopping), могут послужить хорошим подспорьем для понимания работы рынка вертикального интернет-поиска.

Если же говорить об антиконкурентных практиках на рынке интернет-поиска в целом, а не только вертикального поиска, то эти практики весьма разнообразны⁶². Анализ границ многостороннего рынка и нарушений, совершенных на таком рынке, всегда представляет для антимонопольных органов сложную задачу⁶³, поскольку не должен ограничиваться одной из сторон многостороннего рынка интернет-поиска. В свете повышения значимости новых моделей поиска (например, поиск в навигационных приложениях на мобильных телефонах, таких как «Яндекс.Навигатор») есть все основания полагать, что антимонопольному регулятору пока рано снимать руку с пульса.

3. Геоблокинг как вертикальное ограничение

Потенциально антиконкурентной является практика использования геоблокинга, распространенная уже на нескольких цифровых рынках. Само по себе использование технологий геоблокинга подразумевает ограничения трансграничных продаж, в том числе путем блокировки доступа к веб-сайтам, перенаправления пользователей на иные веб-сайты или отказа осуществлять трансграничную доставку и обрабатывать трансграничные платежи⁶⁴. Геоблокинг следует отличать от геофильтрации, когда потребителям одной и той же услуги предлагаются разные условия покупки в зависимости от географического положения. Если использование геоблокинга в одностороннем порядке скорее всего не будет нарушением принципов конкуренции, то его использование для контроля за ценами реселлеров и ценовой дискриминации через соглашения или согласованные действия очевидно представляет собой антиконкурентную практику⁶⁵.

Большой опыт анализа геоблокинга как потенциально антиконкурентного явления накоплен у Еврокомиссии. С 2018 г. в Европейском союзе действует регламент⁶⁶, запрещающий практику геоблокинга как нарушающую фундаментальные принципы единого рынка, однако при этом из-под действия этого регламента выведены некоторые типы услуг. Помимо транспортных услуг и финансового ритейла, регламент не распространяется на рынок аудиовизуальных услуг (электронные книги, музыкальные и видеосервисы и т. д.). Как будет показано ниже, такое исключение связано с неопределенностью, которая возникает на пересечении регулирования, направленного на защиту общего рынка (в том числе анти-

⁶² Имеются в виду, например, нарушения на рынке общего поиска, когда Google прекратил отображение новостных сниппетов французских издателей в поисковой выдаче, не желая платить новостным издателям деньги за их отображение (Décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020).

⁶³ См. об этом: *Paal B. P.* Internet search engines and antitrust law // *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 2016. Vol. 11, no. 4. P. 300.

⁶⁴ European Commission, E-Commerce Sector Enquiry Report. SWD(2017) 154. Brussels, 2017. P. 45. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_sw_d_en.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

⁶⁵ Digital Era Competition: A BRICS View. Report by the BRICS Competition Law and Policy Centre. Moscow, 2019. P. 41. URL: <http://www.bricscompetition.org/upload/iblock/6a1/brics%20book%20full.pdf> (дата обращения: 15.02.2020).

⁶⁶ Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R0302&from=EN> (дата обращения: 15.02.2020).

монопольного регулирования), и частного права интеллектуальной собственности. 2020-й год должен был стать годом пересмотра регламента и, возможно, отмены некоторых исключений, однако на данный момент информации об анализе регулирующего воздействия в публичном доступе нет.

Принятию регламента о запрете геоблокинга предшествовали несколько дел, рассмотренных Еврокомиссией на рынках видеоконтента⁶⁷ и онлайн-продаж лицензионной продукции⁶⁸, а также дел в отношении производителей видеоигр⁶⁹.

Антиконкурентное использование геоблокинга скрывается в соглашениях, заключаемых между субъектами рынка. На данный момент можно выделить как минимум два типа таких соглашений, которые заключаются на соответствующих рынках: 1) лицензионные соглашения об эксклюзивном распространении; 2) дистрибьюторские соглашения о ресейл-продажах в онлайн-торговле. Результатом таких соглашений неизменно становится искусственное ограничение выбора потребителям, а в некоторых случаях — их ценовая дискриминация по географическому признаку.

3.1. Геоблокинг и аудиовизуальный контент

Ограничение доступа к видеоконтенту, который распространяется по различным моделям (от платных телеканалов и до онлайн-кинотеатров), происходит путем установления ограничительных условий в лицензионных соглашениях между производителем контента (например, киностудией-правообладателем) и распространителями контента, которые продают контент третьим лицам, в том числе потребителям. Фактически в делах по таким соглашениям речь идет о классическом водоразделе (watershed) между интеллектуальной собственностью и инструментами антимонопольного регулирования.

Обозначенный конфликт виден уже в решении 2011 г. по делу *Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others*. Суд ЕС должен был ответить на вопрос, может ли компания — держатель прав на показ спортивных трансляций запретить лицензиатам, лицензии которых ограничены территориально, поставку декодирующих устройств (по сути, обремененных такими эксклюзивными правами) в другие страны ЕС, т. е. за пределы территории, указанной в соглашении. Суд отметил, что само по себе указание в соглашении на эксклюзивную территориальность использования лицензии не является нарушением с точки зрения антимонопольного регулирования, однако дополнительное обязательство провайдера воздерживаться от продаж декодирующих устройств для доступа к лицензионному контенту за пределами территории признается нарушением ст. 101 (1) ДФЕС⁷⁰. Нарушение правил конкуренции в данном случае происходит

⁶⁷ European Commission, CASE AT. 40023 Cross-border access to pay-TV; European Commission, CASEAT. 40433 — Film merchandise. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40433/40433_734_3.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

⁶⁸ European Commission, CASE AT. 40436 — ANCILLARY SPORTS MERCHANDISE. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40436/40436_949_5.pdf (дата обращения: 15.02.2020); European Commission, CASE AT. 40428 — GUESS.

⁶⁹ Antitrust: Commission sends Statements of Objections to Valve and five videogame publishers on “geo-blocking” of PC video games. Press release. 5 April 2019. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_2010 (дата обращения: 15.02.2020).

⁷⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 October 2011. *Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others (C-403/08)* and *Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd (C-429/08)*. Paras. 137–138, 146. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=110361&doclang=en> (дата обращения: 15.02.2020).

из-за предмета соглашения: запрета на трансграничную поставку устройств для декодинга трансляции спортивных матчей.

Такая позиция Суда ЕС, высказанная им задолго до секторального исследования рынка электронной торговли и первых упоминаний геоблокинга как потенциальной антиконкурентной практики, далее будет отражаться практически во всех расследованиях и решениях Еврокомиссии.

Суть расследований, открытых в 2014 и 2017 гг. в отношении кинокомпаний NBC Universal, Paramount Pictures и некоторых других и крупнейших европейских телекомпаний, предоставляющих услуги платного телевидения (Sky, Canal Plus и др.) (pay-TV), заключалась в установлении в лицензионных соглашениях в целом схожих условий. Условия эти заключались (на примере дела в отношении компании NBC Universal) в следующем:

- ограничение продажи за пределами указанной в лицензии территории, в том числе посредством обязательства уведомлять NBC Universal о таких продажах, языковых ограничений и обязательств уплачивать NBC Universal доходы, получаемые за пределами такой территории;
- ограничение круга потребителей, которым разрешены продажи; при этом лицензиаты обязаны выплачивать NBC Universal доход, полученный от продажи лицензионной продукции за пределами ограниченного круга потребителей;
- обязанность лицензиатов возлагать соответствующие ограничения на потребителей; при этом запрещается продавать продукцию тем потребителям, которые потенциально могут перепродать ее за пределы территории или группы потребителей, указанных в лицензии⁷¹.

Таким образом, лицензионные соглашения не только устанавливали территориальную эксклюзивность лицензируемых прав (это не было бы нарушением), но и полностью блокировали какое-либо трансграничное предоставление услуг платного телевидения, что нацелено на ограничение конкуренции в смысле ст. 101 (1) ДФЕС.

В своем довольно лаконичном (и подвергшемся критике⁷²) анализе указанных условий Еврокомиссия выявила нарушение союзного законодательства о конкуренции в обязательствах, которые дополняют простые условия использования лицензионного контента. Такие обязательства нацелены на обеспечение территориальных ограничений по использованию лицензий и ограничивают провайдеров в трансграничном предоставлении сервисов, тем самым устраняя и трансграничную конкуренцию между провайдерами (§ 39 дела AT. 40433). Кроме того, абсолютная территориальная эксклюзивность провайдеров ведет к искусственным ценовым различиям внутри единого рынка, что не соответствует фундаментальным принципам, на которых функционирует ЕС (§ 44). В решении по апелляции, поданной компанией Canal Plus, Суд отметил, что у провайдеров существуют технологии, позволяющие им четко разделить непосредственных и потенциальных потребителей их видеосервисов и отрегулировать активное продвижение этих сервисов только на той территории, которая указана в эксклюзивной лицензии. Таким образом, нет необходимости в дополнительных ограничительных положениях

⁷¹ Ibid.

⁷² См., напр.: *Bania K. The Effects of Broadcasting Digitization on EU Competition Law: A Tale of EU Copyright Policies // Journal of Competition Law & Economics. 2019. Vol. 15, iss. 2–3, June/September. P. 237–282.*

договора и в изменении подхода к таким соглашениям в связи с цифровым характером рассматриваемого рынка⁷³.

Несмотря на масштаб расследований по геоблокингу на рынке лицензионного платного видеоконтента, и описанная логика решений Еврокомиссии, и анализ Суда ЕС по апелляции Canal Plus вполне могут критиковаться за некоторую поверхностность анализа. Давно ясно, что безграничное использование интеллектуальных прав и вообще злоупотребление интеллектуальными правами могут привести к нарушению правил конкуренции. Однако анализ европейского регулятора не устанавливает критерия, позволяющего определить, в какой момент легальная эксклюзивность соглашения выходит за рамки, отделяющие его от антиконкурентной практики. Вероятно, к делам такого рода необходим строго экономический подход, который даст возможность четко определить вред, нанесенный рынку чрезмерной защитой эксклюзивных прав.

3.2. Геоблокинг как метод контроля связанных рынков (downstream markets)

Помимо серии дел на рынке лицензионного платного видеоконтента, Еврокомиссия, практически сразу же после выявления в своем секторальном исследовании рынка электронной торговли 2017 г. ряда ограничивающих практик, возбудила несколько дел в отношении ритейлеров, устанавливающих различные ограничения на нижестоящих рынках в цепочках перепродажи товаров. На рассмотрении комиссии находились дела в отношении сети отелей Melia⁷⁴, компании Sanrio⁷⁵, компаний — дистрибьюторов видеоигр Bandai Namco, Focus Home, Koch Media и ZeniMax⁷⁶. Встречаются, например, ограничения на дистрибуцию по географическому признаку — анализом таких практик Еврокомиссия занималась в делах в отношении компаний Guess и Nike.

Guess в большей и Nike в меньшей степени выстроили модель бизнеса, которая позволила установить довольно жесткие ограничения для контрагентов. Модель Nike построена на передаче Nike лицензионных прав на атрибутику спортивных клубов по двум типам: неэксклюзивные прямые и непрямые (master license с правом сублицензии) лицензионные соглашения (§ 28–30 дела AT. 40436)⁷⁷. Наряду с передачей лицензии, в соглашениях с лицензиатами также предусматривались условия дистрибуции товаров. В своей системе лицензионных и дистрибьюторских соглашений компания устанавливала прямые и непрямые ограничения оборота товаров за пределами территорий, указанных в лицензионных соглашениях, в том числе в онлайн-торговле. Соглашение позволяло размещать товары на веб-сайтах, которые доступны за пределами указанной в соглашении территории, однако только при условии, что покупатели за пределами этой территории не смогли бы приобрести товар (§ 52). Кроме того, заказы на приобретение

⁷³ Judgment of the General Court, 12 December 2018, *Groupe Canal + v. European Commission*, T-873/16, at 54–55, 58. URL: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-873/16> (дата обращения: 15.02.2020).

⁷⁴ Antitrust: Commission fines hotel group Meliá € 6,7 million for discriminating between customers. Press release. 21 February 2020. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_302 (дата обращения: 15.02.2020).

⁷⁵ Antitrust: Commission fines Sanrio € 6,2 million for restricting cross-border sales of merchandising products featuring Hello Kitty characters. Press release. 5 July 2018. URL: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40432 (дата обращения: 15.02.2020).

⁷⁶ Antitrust: Commission sends Statements of Objections to Valve and five videogame publishers on “geo-blocking” of PC video games. Press release. 5 April 2019.

⁷⁷ European Commission, CASE AT. 40436 — ANCILLARY SPORTS MERCHANDISE.

товаров с территориями, не входящих в указанную в соглашении, вообще не могли обслуживаться лицензиатами и должны быть переданы напрямую Nike.

В деле Guess спектр нарушений в электронной торговле был более широким, хотя и схожим по сути. Особенностью бизнес-модели Guess стал акцент на построении мощного канала онлайн-дистрибуции. В решении Еврокомиссии приводятся выдержки из внутренней документации компании, где отмечается цель: создать «лидирующую онлайн-платформу, чтобы обогнать весь рынок» (§ 36 дела AT.40428)⁷⁸. Сеть дистрибуции, созданная компанией, отличается высокой селективностью — все ритейлеры должны удовлетворять определенным критериям, а в дистрибьюторских соглашениях содержатся четкие правила для рекламы и продвижения товара.

Как и Nike, Guess установила ограничения на продажу товара в сублицензионных соглашениях только по территории, прямо указанной в соглашении, причем правила распространялись не только на продажу, но и на рекламу товара (§ 79–81 указанного дела). Нарушение условия о территории продажи и рекламы товара влекло санкции в виде моментального прекращения соглашения. Это было не единственным ограничением в системе электронной торговли (помимо рассматриваемого в данном разделе геоблокинга). Guess требовала также наличия письменного разрешения для онлайн-продаж авторизованными ритейлерами, чтобы существенно ограничить конкуренцию для своего собственного онлайн-магазина (§ 53–63). Кроме того, авторизованным ритейлерам запрещалось использовать торговое наименование Guess и товарные знаки в рекламном сервисе Google AdWords (§ 40–52).

В случаях с Guess и Nike, как и в делах по геоблокингу видеоконтента, Еврокомиссия посчитала соглашения, ограничивающие территорию оказания услуг, нарушающими ст. 101 (1) ДФЕС за счет разделения единого рынка ЕС по национальным границам.

Таким образом, в отношении геоблокинга как вертикального ограничения позиция Еврокомиссии принимает достаточно четкие очертания: антимонопольное законодательство, направленное на сохранение единства общего рынка, имеет очевидный приоритет по отношению к условиям лицензионных соглашений. При этом геоблокинг является антиконкурентным ограничением даже при использовании его в системе эксклюзивной дистрибуции⁷⁹, хотя сама идея блокировки контента или товара по территориальному принципу может возникать исключительно с маркетинговыми и не всегда напрямую антиконкурентными намерениями (например, построение локального бренда или специфика технических требований).

Тем не менее во всех решениях Еврокомиссии по данному вопросу прослеживается некоторая неопределенность в установлении критерия, по которому регулятор разграничивает легальные ограничения в лицензионных соглашениях, т. е. законные ограничения использования интеллектуального права, и ограничения, нарушающие конкуренцию. В Регламенте по геоблокингу, который вступил в силу в 2018 г., содержатся критерии для большинства секторов электронной торговли, но из-под действия Регламента выведен аудиовизуальный контент — тот самый, по которому в 2019 г. были вынесены крупные решения Еврокомиссии. Из-за этого неясно, будет ли расширяться практика регулятора в отношении авторских прав

⁷⁸ European Commission, CASE AT.40428 — GUESS.

⁷⁹ См. подробнее: *Bortolotti F.* EU: The Guess Decision of the EU Commission: a first analysis // International Distribution Institute. URL: <https://www.idiproject.com/news/eu-guess-decision-eu-commission-first-analysis> (дата обращения: 15.02.2020).

с учетом того, что запрет геоблокинга для авторских прав может привести к полной и непредсказуемой смене модели лицензионных соглашений.

Антиконкурентный аспект геоблокинга на настоящий момент проанализирован подробнее всего в ЕС — в других юрисдикциях эта мера рассматривалась только в контексте нарушения интеллектуальных прав⁸⁰. В связи с наличием общего рынка рассмотреть геоблокинг как потенциальное нарушение общих правил конкуренции можно на уровне ЕАЭС, однако необходимо предварительно разработать четкие критерии для определения того, что такое геоблокинг и в каких случаях он является неоправданным. Кроме того, если в случае с электронной торговлей лицензионными товарами доказать антиконкурентный эффект ограничений по географическому признаку проще, то в случаях с аудиовизуальным контентом прямолинейный подход регулятора может оказаться недостаточно оправданным за счет сильной национальной защиты интеллектуальных прав.

Заключение

С каждым годом динамика развития цифровых рынков ставит все новые вызовы перед антимонопольными регуляторами. Многообразие потенциально ограничительных практик, используемых компаниями из онлайн-сектора, опережает темпы развития антимонопольного регулирования, которое, как и право в целом, остается несколько консервативным. В настоящее время ведется широкая дискуссия о том, что антимонопольное регулирование должно претерпеть существенные изменения, чтобы иметь возможность справиться с вызовами цифрового мира. Привычные практики вертикальных ограничений, злоупотребления интеллектуальными правами значительно трансформируются на цифровых рынках, позволяя нарушителям использовать особенности функционирования таких рынков в качестве оправдания очевидно антиконкурентных практик. Тем не менее из описанных в настоящей статье примеров можно сделать вывод о том, что конкурентные ведомства, применяя инновационные, нетривиальные подходы в рамках существующего правового инструментария, способны успешно справляться с антиконкурентными практиками, возникающими в цифровом пространстве.

В некоторых случаях применение чрезмерно прямолинейного антимонопольного контроля за цифровыми рынками приводит к критике регуляторов — слишком тонки различия между нарушением и обычной бизнес-практикой на быстро трансформирующихся рынках. Именно поэтому калибровка существующего арсенала мер сейчас необходима как никогда.

Описанные в статье практики чрезвычайно важны для развития антимонопольного правоприменения. К настоящему моменту они представляют собой те немногие примеры противодействия нарушениям правил конкуренции на цифровых рынках, которые не только попали в поле зрения антимонопольных регуляторов, но и привели к конкретным расследованиям.

Успешные правоприменительные действия зарубежных регуляторов, как и их ошибки при проведении расследований и рассмотрении дел на цифровых рынках, должны стать примерами для национальных конкурентных ведомств. Это справедливо и для ФАС России, поскольку вопросы противодействия антиконкурентным

⁸⁰ См., напр., в США: *The Carsey-Werner Company, LLC v. British Broadcasting Corporation, et al.* URL: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2677&context=historical> (дата обращения: 15.02.2020); *Spanski Enterprises, Inc. v. Telewizja Polska, S.A.* URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/17-7051/17-7051-2018-03-02.html> (дата обращения: 15.02.2020).

практикам на цифровых рынках многие годы занимают центральное место в российской антимонопольной повестке.

Кроме того, описанные практики могут заинтересовать Евразийскую экономическую комиссию в свете работы над цифровой повесткой Евразийского экономического союза. Практики наподобие паритета цен и манипулирования поисковой выдачей могут существенно затормозить независимое развитие конкуренции на трансграничном цифровом рынке, а применение геоблокинга — как в онлайн-, так и в офлайн-продажах — и вовсе навредить самой сути общего рынка Союза.

Статья поступила в редакцию: 3 июля 2020 г.

Рекомендована в печать: 1 ноября 2020 г.

The many faces of anti-competitive practices in digital markets

Ekaterina V. Erofeeva, Daria A. Kotova, Anna E. Pozdnyakova

For citation: Erofeeva, Ekaterina V., Kotova, Daria A., Pozdnyakova, Anna E. 2019. The many faces of anti-competitive practices in digital markets. *Pravovedenie* 63 (4): 598–624. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.404>

This article looks at some curious examples of restrictive practices typical for digital markets. Digital markets are a unique phenomenon for the new digital economy that is structurally based on and driven by digital platforms. The largest digital platforms such as Facebook or Amazon and large digital companies such as Google, Microsoft and Apple dominate the digital markets of today and thus have a huge potential to restrict competition in these dynamic markets. This article takes an analytical approach to several restrictive practices that have recently received attention from competition authorities around the world and have largely influenced law enforcement as well as our understanding of how digital markets function. First of all, the authors consider the so-called price parity clauses. Broadly speaking, these are a particular type of arrangements that oblige suppliers to not offer more favorable terms to their business partners than those offered to digital platforms (for example hotel websites as compared to online booking platforms). However, when narrowed down to contractual relations between a platform and a supplier, price parity clauses present a much more complex case. Further, the authors look at the multitude of restrictive practices in the online search market illustrated by a series of cases initiated against Google by the European Commission. By setting its search engine in a particular way, Google prioritized its own services so that they received more consumer traffic. Notably, these series of cases is just a part of the collection of anticompetitive tendencies in this market. Finally, this article looks at a less well-known, but all the more dangerous case of geo-blocking, which occurs when IP-protected content is blocked from distribution outside the framework that is reasonably justified by the protection of exclusive rights. Such cases must be examined through the complex relationship between the individualistic nature of IP rights and public interest. The collection of practices examined in the article highlights both the need to significantly reform competition enforcement and the need to rethink the role of competition law in the new economy.

Keywords: competition law, digital markets, competition enforcement, price parity, geo-blocking, discrimination, online search.

References

- Bania, Konstantina. 2019. The Effects of Broadcasting Digitization on EU Competition Law: A Tale of EU Copyright Policies. *Journal of Competition Law & Economics* 15 (2–3): 237–282.
- Bortolotti, Fabio. 2020. EU: The Guess Decision of the EU Commission: a first analysis. *International Distribution Institute*. Available at: <https://www.idiproject.com/news/eu-guess-decision-eu-commission-first-analysis> (accessed: 15.02.2020).

- Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre, Schweitzer, Heike. 2019. *European Commission. Competition Policy for the Digital Era. A report*. Available at: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (accessed: 15.02.2020).
- Essers, Loek. *Publishers urge European Commission to reject Google antitrust deal*. Available at: <https://www.pcworld.com/article/2602600/publishers-urge-european-commission-to-reject-google-antitrust-deal.html> (accessed: 15.02.2020).
- Ezrachi, Ariel. 2015. The competitive effects of parity clauses on online commerce. *European Competition Journal* 11: 488–519.
- Graef, Inge. 2016. *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*. London, Kluwer Law International.
- Guimarães, Guilherme. 2019. *Global Technology and Legal Theory: Transnational Constitutionalism, Google and the European Union*. New York, Routledge.
- Jefferis, Claire (ed.). 2018. *E-Commerce Competition Enforcement Guide*. London, Law Business Research.
- Manthorpe, Rowland. *Google's Nemesis: Meet The British Couple Who Took On A Giant, Won... And Cost It £ 2, 1 Billion*. Available at: <https://www.wired.co.uk/article/fine-google-competition-eu-shivaun-adam-raff> (accessed: 15.02.2020).
- Massarotto, Giovanna. 2019. *Antitrust Settlements: How a Simple Agreement Can Drive the Economy*. London, Wolters Kluwer.
- Paal, Boris P. 2016. Internet search engines and antitrust law. *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 11 (4): 298–306. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw019>.
- Shestoperov, Dmitry, Lebedeva, Valeria. Yandex will be asked for the answers. Online services complained about the search engine. *Kommersant*. Available at: https://www.kommersant.ru/doc/4443716?from=four_business (accessed: 07.08.2020).

Received: July 3, 2020

Accepted: November 1, 2020

Ekaterina V. Erofeeva — Expert, National Research University Higher School of Economics, 20, Myasnitskaya ul., Moscow, 101000, Russian Federation; evsemenova@hse.ru

Daria A. Kotova — Expert, National Research University Higher School of Economics, 20, Myasnitskaya ul., Moscow, 101000, Russian Federation; dkotova@hse.ru

Anna E. Pozdnyakova — Dr. Sci. in Politics, Research Fellow, National Research University Higher School of Economics, 20, Myasnitskaya ul., Moscow, 101000, Russian Federation; aepozdnyakova@hse.ru