

УДК 346.61

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Ценовые алгоритмы как инструмент ведения бизнеса: антимонопольные риски и вопросы допустимости

Кожина К. Е.,

юридическая фирма Dentons,
г. Москва

Артюшенко Д. В.,

Бейкер и Макензи — Си-Ай-Эс,
Лимитед,
г. Москва

Аннотация

Предмет исследования составляют понятие «ценовой алгоритм», проблемы, связанные с рисками потенциальной квалификации действий компаний, использующих ценовые алгоритмы, в качестве нарушения антимонопольного законодательства. На основе анализа российской и зарубежной правоприменительной практики сделан вывод о том, что при определенных условиях использование ценовых алгоритмов может быть признано допустимым с точки зрения антимонопольного законодательства. В то же время хозяйствующим субъектам следует с должной осмотрительностью относиться к использованию ценовых алгоритмов, чтобы такое использование не привело к ограничению конкуренции.

Ключевые слова: ценовой алгоритм, конкуренция, хозяйствующий субъект, картель, вертикальные ограничения.

Pricing algorithms as a tool of doing business: the antitrust risks and compatibility issues

Ksenia E. Kozhina,

Dentons Law Firm,
Moscow

Dmitriy V. Artiushenko,

Baker McKenzie,
Moscow

Annotation

The subject of the study is the concept of “price algorithm”, the problems associated with risks of qualification of pricing algorithms use as a violation of the competition law. Based on the analysis of Russian and case law enforcement practice, it is concluded that under certain conditions, the use of pricing algorithms can be recognized as compatible with the requirements of the competition law. However, undertakings should carefully consider using pricing algorithms to avoid restriction of competition.

Keywords: pricing algorithm, competition, undertaking, cartel, vertical restraints.

В последние годы в силу активного развития информационных технологий достаточно часто встречающейся бизнес-практикой стало использование ценовых алгоритмов хозяйствующими субъектами в своей деятельности.

Ценовые алгоритмы могут применяться в различных целях: от контроля за ценами дистрибьюторов до мониторинга цен конкурентов. При этом принципиально важным становится вопрос о том, может ли такое использование ценовых алгоритмов привести к ограничению конкуренции.

В связи с этим нет ничего удивительного в том, что изучению соответствующих проблем посвящен ряд как российских [1, 2], так и зарубежных научных работ [3—5].

В настоящей статье мы рассмотрим допустимые и недопустимые с точки зрения антимонопольного законодательства способы использования ценовых алгоритмов, а также несколько российских и зарубежных кейсов, связанных с нарушением хозяйствующими субъектами антимонопольного законодательства с использованием ценовых алгоритмов.

Ценовые алгоритмы

Под ценовым алгоритмом в наиболее общем смысле этого понятия обычно понимается программное обеспечение, предназначенное для мониторинга и установления цен в соответствии с заранее заданными параметрами. В настоящий момент российское антимонопольное законодательство не содержит определения понятия ценового алгоритма¹.

¹ В то же время в одной из версий так называемого пятого антимонопольного пакета было предложено определение ценового алгоритма (Пятый антимонопольный пакет//<https://regulation.gov.ru/projects#departments=41&search=02/04/03-18/00079428&npr=79428>). В частности, под ценовым алгоритмом предлагалось понимать программное обеспечение (программу для электронно-вычислительной машины, совокупность таких программ или программно-аппаратных средств), доступ к которому обеспечивается путем его установки на электронные вычислительные машины пользователя или посредством информационно-телекоммуникационной сети Интернет, предназначенное в соответствии с заданными параметрами для мониторинга цен на товарном рынке, расчета цен на товары, установления цен на товары и (или) контроля цен на товары либо совершения действий при участии в торгах.

Кроме того, в настоящий момент ФАС России и Ассоциацией «НП «ОКЮР» разработаны рекомендации «О практиках в сфере использования информационных технологий в торговле, в том числе связанных с использованием ценовых алгоритмов». В указанных рекомендациях предлагается определить ценовой алгоритм как программный продукт, используемый для определения цен на товары, с использованием которого осуществляется расчет и (или) установление и (или) мониторинг цен, исходя из параметров, определяемых пользователем алгоритма. — *Прим. авт.*

Как уже указывалось ранее, ценовые алгоритмы могут применяться хозяйствующими субъектами в различных целях. В частности, к таким целям относятся:

- 1) мониторинг цен дистрибьюторов;
- 2) мониторинг цен конкурентов;
- 3) мониторинг параметров рынка для выработки ценовой стратегии хозяйствующего субъекта (например, на основе цен конкурентов, цен на сырье и проч.), автоматический расчет цен/коэффициентов по итогам анализа данных (опционально).

При этом во всех описанных случаях использование хозяйствующим субъектом ценового алгоритма может быть как допустимым с точки зрения антимонопольного законодательства, так и недопустимым.

Ценовые алгоритмы и антиконкурентные эффекты

Рассмотрим случаи недопустимого с точки зрения антимонопольного законодательства использования ценовых алгоритмов применительно к трем ситуациям, описанным выше.

Мониторинг цен дистрибьюторов с использованием ценовых алгоритмов будет, на наш взгляд, являться нарушением в случаях:

- 1) использования ценового алгоритма для установления минимальной или фиксированной цены перепродажи товара;
- 2) использования ценового алгоритма для отслеживания того, придерживаются ли дистрибьюторы рекомендованной цены перепродажи товара с применением санкций к хозяйствующим субъектам, не следующим рекомендациям².

Оба описанных выше случая могут быть квалифицированы антимонопольным органом как запрещенная координация экономической деятельности дистрибьюторов хозяйствующим субъектом, использующим ценовой алгоритм, — ч. 5 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»³ (далее — Закон о защите конкуренции). Последствием указанной координации может стать установление минимальной или фиксированной цены перепродажи товара (п. 1 ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции) либо установление и поддержание цен на товар (п. 1 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

² При этом действия хозяйствующего субъекта, применяющего ценовой алгоритм, будут приводить фактически к установлению фиксированной цены перепродажи. Ключевыми характеристиками для квалификации нарушения в данном случае будут выступать факт следования дистрибьюторами рекомендованной цене, а также наличие стимулов следовать рекомендованной цене (бонусы, скидки) либо санкций за отступление от рекомендованной цены (штрафы, отказ в поставках и т. п.). — *Прим. авт.*

³ См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Описанная конструкция нарушения хорошо проиллюстрирована на практике в деле о нарушении антимонопольного законодательства ООО «ЛГ Электроникс РУС»⁴. ООО «ЛГ Электроникс РУС» устанавливало для своих реселлеров рекомендованные розничные цены на смартфоны LG, которые публиковались на его сайте и доводились до сведения реселлеров. Затем ООО «ЛГ Электроникс РУС» осуществляло контроль за соблюдением реселлерами рекомендованных цен и в случае выявления отклонений прекращало отгрузки смартфонов реселлерам, не придерживавшимся рекомендованных цен.

Эффектом координации ООО «ЛГ Электроникс РУС» своих реселлеров ФАС России признала установление и поддержание цен на смартфоны LG определенных моделей, реализуемых в розницу без использования торговых объектов (последствие, предусмотренное п. 1 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Аналогичные дела, связанные с установлением производителями минимальной или фиксированной цены перепродажи на бытовую электронику, рассмотрела Европейская комиссия в 2017–2018 гг. (дела Asus⁵, Denon & Marantz⁶, Philips⁷ и Pioneer⁸). В указанных делах производитель устанавливал для реселлеров приемлемый для него уровень цен и осуществлял мониторинг за следованием реселлерами установленным ценам. В случае отказа следовать установленным производителем ценам к реселлерам применялись санкции (отказ в осуществлении отгрузок и т. п.). Европейская комиссия квалифицировала нарушение как заключение вертикальных антиконкурентных соглашений, приводящих к установлению цены на товар (нарушение ст. 101 Договора о функционировании ЕС).

Также интересно в этом контексте рассмотреть дело против Тревиса Каланика, исполнительного директора компании «Убер» (Uber), рассмотренное Судом Южного

округа Нью-Йорка⁹ в 2016 г. Компания «Убер» является агрегатором такси. Между «Убером» и частными водителями были заключены соглашения о подключении к платформе «Убер», с помощью которой потребители размещают заказы на такси, а водители такси принимают такие заказы. Сам Тревис Каланик также использовал приложение «Убер» как частный водитель.

Цены на поездки формировались и устанавливались «Убером» с использованием ценового алгоритма. Водители не могли повлиять на цену, установленную алгоритмом. Со стоимости каждой поездки «Убер» удерживал комиссию за пользование приложением, а остаток стоимости поездки выплачивался водителю.

Спенсер Майер, пользовавшийся приложением «Убер» для заказа такси, обратился в суд, указывая на то, что Т. Каланик с помощью ценового алгоритма ограничивал конкуренцию между водителями и устанавливал завышенные цены на поездки для потребителей. По мнению заявителя, нарушение выразилось в:

1) установлении Т. Калаником с помощью ценового алгоритма и соглашения с каждым из водителей цен на поездки в размере, превышающем цены, сформировавшиеся бы в ходе конкурентной борьбы между водителями, если бы она имела место (заключение вертикальных антиконкурентных соглашений);

2) заключении водителями горизонтального антиконкурентного соглашения об отказе от ценовой конкуренции путем присоединения к платформе «Убер».

Суд счел аргументы заявителя достаточными для того, чтобы отказать Т. Каланику в ходатайстве о прекращении рассмотрения дела в части нарушения им антимонопольного законодательства.

Примечательно, что суд при анализе аргументов, заявленных С. Майером, сослался на судебную практику, в которой имеет место реализация так называемого *hub and spoke scenario*, то есть ситуации, в которой хозяйствующий субъект «hub» координирует соглашение между иными хозяйствующими субъектами — конкурентами, находящимися на другом уровне рынка, — «spokes». При этом имеют место как «вертикальные» договоренности между координатором и каждым из «spokes», так и горизонтальная договоренность конкурентов придерживаться правил, установленных координатором. Такая двойственность *hub and spoke scenario* объясняется тем, что «spokes» не стали бы заключать вертикальное соглашение с координатором, не будучи уверенными в том, что их конкуренты будут придерживаться тех же договоренностей.

⁴ См.: Решение ФАС России от 02.03.2018 по делу № 1-11-18/00-22-17. <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/ats-14552-18/> (08.04.2019).

⁵ См. Дело Asus. Официальный сайт Европейской комиссии [Электронный ресурс]. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40469 (08.04.2019).

⁶ См.: Дело Denon & Marantz. Официальный сайт Европейской комиссии [Электронный ресурс]. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40469 (08.04.2019).

⁷ См.: Дело Philips // Официальный сайт Европейской комиссии [Электронный ресурс]. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40181 (08.04.2019).

⁸ См.: Дело Pioneer // Официальный сайт Европейской комиссии [Электронный ресурс]. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40182 (08.04.2019).

⁹ См.: Дело Meyer v. Kalanick, No. 15-cv-09796 [Электронный ресурс]. URL: [https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2015cv09796/451250/37/\(08.04.2019\)](https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2015cv09796/451250/37/(08.04.2019)).

В дальнейшем в суде апелляционной инстанции Т. Каланику удалось убедить суд, что С. Майер не вправе был заявлять иск в принципе, поскольку, принимая условия пользовательского соглашения «Убера», он отказался от возможности обращения в суд, передав споры в арбитраж¹⁰. Суд апелляционной инстанции направил дело в суд первой инстанции для решения вопроса о подсудности спора. При этом вопросы нарушения антимонопольного законодательства «Убером» с помощью ценового алгоритма больше судами не анализировались.

Описанный выше сценарий “hub and spoke” также рассматривался в деле компании «Этурас» (Ethuras) Европейским судом (European Court of Justice) в 2016 г.¹¹ «Этурас» владела эксклюзивными правами в отношении системы бронирования путешествий E-TURAS и являлась ее администратором. Система бронирования позволяла туристическим агентствам, получившим лицензию на ее использование, размещать предложения путешествий на их сайтах единообразно способом, указанным «Этурас». В лицензионных соглашениях отсутствовало указание на возможность администратора системы изменять цены туристических агентств, установленные за предлагаемые ими услуги.

Директор «Этурас» направил нескольким туристическим агентствам сообщение о снижении размера онлайн-скидки с 4 до 1—3%. В дальнейшем максимальный предел скидки (3%) устанавливался самой системой бронирования для всех туристических агентств, подключенных к системе.

В данном случае координатором (“hub”) выступала «Этурас» как владелец и оператор системы бронирования (включающей в себя ценовой алгоритм), а туристические агентства — координируемыми конкурентами на другом уровне рынка (“spokes”). При этом Европейский суд отметил, что сам факт подключения туристических агентств к системе бронирования (алгоритму) подтверждает их участие в антиконкурентном сговоре, поскольку они обоснованно могли предполагать, что ценовое поведение конкурентов, также подключенных к системе (ограничение максимального размера скидки), будет единообразным.

Мониторинг цен конкурентов с использованием ценовых алгоритмов будет являться нарушением анти-

монопольного законодательства в случае, если такой мониторинг:

- 1) является составной частью картельного соглашения;
- 2) приводит к параллельному поведению хозяйствующих субъектов — конкурентов на рынке, не являющемуся результатом объективного изменения рыночных условий.

В первом случае нарушение может квалифицироваться как заключение картельного соглашения, приводящего к установлению или поддержанию цен (п. 1 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции), во втором случае — при наличии публичного заявления хозяйствующего субъекта об использовании ценового алгоритма — как запрещенные согласованные действия (ч. 1 ст. 11.1 Закона о защите конкуренции). На российском рынке до настоящего момента дела подобного рода с использованием ценовых алгоритмов не рассматривались.

В то же время любопытным представляется так называемое дело «Постерного картеля» (Poster cartel), рассмотренное антимонопольным органом Великобритании в 2016 г.¹² В указанном деле две компании, продававшие постеры и рамки через платформу Amazon UK, договорились не конкурировать по цене на такие постеры и рамки. Еще до достижения антиконкурентного соглашения компании использовали ценовой алгоритм, позволявший им автоматически устанавливать цену ниже уровня конкурентов. В рамках же реализации картеля участники соглашения специальным образом настраивали указанный ценовой алгоритм:

- 1) применяли команду «игнорировать» по отношению друг к другу (т. е. ценовой алгоритм «подсекал»¹³ по цене всех конкурентов, кроме участников соглашения);
- 2) «выравнивали» цены на свои постеры друг по отношению к другу (задавали определенный уровень цены и не конкурировали между собой).

Мониторинг параметров рынка для выработки ценовой стратегии с использованием ценовых алгоритмов может являться нарушением антимонопольного законодательства в случае, если такой мониторинг приводит к параллельному поведению (согласованным действиям) хозяйствующих субъектов — конкурентов, использующих один и тот же ценовой алгоритм для расчета собственных цен.

В соответствии со ст. 8 Закона о защите конкуренции согласованными действиями хозяйствующих субъектов

¹⁰ См.: Дело Meyer v. Uber Techs., Inc. 868 F.3d 66 (2d Cir. 2017) [Электронный ресурс]. URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1871227.html> (08.04.2019).

¹¹ См.: Решение Европейского суда от 21.01.2016 по делу Eturas [Электронный ресурс]. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd50965bad630d4788837b842b7be5ed63.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbh0?text=&docid=173680&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=855763> (08.04.2019).

¹² См.: Решение CMA по делу № 50223 от 12.08.2016 [Электронный ресурс]. URL: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf> (08.04.2019).

¹³ В тексте решения используется слово undercut. — *Прим. авт.*

являются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке при отсутствии соглашения, удовлетворяющие совокупности определенных условий (среди прочего должно быть установлено наличие публичного заявления одного из хозяйствующих субъектов, отсутствие экономического обоснования поведения хозяйствующих субъектов на рынке)¹⁴. При этом совершение хозяйствующими субъектами действий по соглашению не относится к согласованным действиям, а является соглашением.

При наличии публичного заявления одного из участников рынка о планируемом поведении на рынке и отсутствии объективных экономических причин параллельного характера (согласованного) поведения хозяйствующих субъектов, возникшего как следствие использования одного и того же ценового алгоритма, такое параллельное поведение может квалифицироваться антимонопольным органом как запрещенные согласованные действия (ч. 1 ст. 11.1 Закона о защите конкуренции).

Таким образом, несмотря на относительную новизну ценовых алгоритмов в качестве инструментов для ведения бизнеса, уже и в России, и за рубежом активно формируется правоприменительная практика по нарушениям антимонопольного законодательства, совершаемым с использованием ценовых алгоритмов. Однако даже при достаточном количестве негативной практики неизбежно возникает вопрос о допустимости использования ценовых алгоритмов хозяйствующими субъектами не в целях ограничения конкуренции.

Ценовые алгоритмы: условия допустимости

Во-первых, необходимо отметить, что сбор информации о ценах с использованием алгоритмов, вне зависимости от того, является ли он сбором информации о ценах дистрибьюторов или конкурентов, сам по себе нарушением

антимонопольного законодательства являться, по нашему мнению, не будет.

Во-вторых, Закон о защите конкуренции предусматривает ряд исключений в отношении соглашений и согласованных действий хозяйствующих субъектов. В частности, например:

1) разрешены соглашения и согласованные действия, заключенные между/осуществляемые хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, сформированную по принципу контроля (ч. 7 ст. 11 и ч. 6 ст. 11.1 Закона о защите конкуренции);

2) разрешены вертикальные соглашения между хозяйствующими субъектами, доля каждого из которых на рынке соглашения не превышает 20% (ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции);

3) разрешены соглашения между продавцом и несколькими покупателями, если рыночная доля продавца не превышает 35% и выполняется ряд дополнительных условий¹⁵;

4) разрешены согласованные действия хозяйствующих субъектов, совокупная доля которых на товарном рынке не превышает 20% и при этом доля каждого из которых на товарном рынке не превышает 8%;

5) соглашения и согласованные действия могут быть признаны допустимыми, если позитивный эффект для рынка от их реализации превалирует над негативным (ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции).

Остановимся на последнем положении о допустимости соглашений подробнее. Здесь следует упомянуть, что пятым антимонопольным пакетом, разработанным ФАС России, предполагается распространение исключений ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции на запрет на незаконную координацию экономической деятельности. Данное исключение — в случае его принятия в федеральном законе в предлагаемой редакции — позволит владельцам таких приложений, как Uber, доказывать, что антиконкурентные эффекты от использования их алгоритмов нивелируются позитивным влиянием на рынок либо наличием сопоставимых выгод у покупателей.

Подводя итог изложенному выше, необходимо отметить, что, пока правоприменительная практика только формируется, а в законодательство вносятся соответствующие изменения, хозяйствующим субъектам следует с должной осмотрительностью относиться к использованию ценовых алгоритмов, чтобы такое использование не привело к ограничению конкуренции. ■

¹⁴ 1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов; 2) действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий; 3) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке. Такими обстоятельствами, в частности, могут быть изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье, используемое для производства товара, изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар в течение не менее чем один год или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если этот срок составляет менее чем один год. — *Прим. авт.*

¹⁵ Постановление Правительства Российской Федерации от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» [Электронный ресурс]. // СПС КонсультантПлюс. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_89685/ (08.04.2019).

Литература

1. Хамунов М. А., Кониева Ф. И. Руководство по выявлению и профилактике картелей на торгах: научно-практическое пособие / Под общей редакцией А. Ю. Цариковского, А. П. Тенишева. М.: ИПРАН РАН, ФАС России, УМЦ ФАС России, 2018. 48 с.
2. Петров Д. А. «Роботизация» на торгах в эпоху цифровой экономики: бизнес-процесс или способ обхода закона? // Гражданское право. 2018. № 5. С. 12—15.
3. Лихутин П. Н., Дарьина А. А., Зассеева В. А. Распознавание неявного ценового сговора на продовольственном рынке // Вестник НГУЭУ. 2018. № 1. С. 103—121.
4. Силаков А. Н. Регулирование ценовых алгоритмов в США и Европейском Союзе. <https://cyberleninka.ru/article/n/regulirovanie-tsenovyh-algoritmov-v-ssha-i-evropeyskom-soyuze/viewer> (Дата обращения: 02.12.2019).
5. Salil K. Mehra. Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms // Minnesota Law Review (Forthcoming Temple University Legal Studies Research Paper). Vol. 100. 2015. № 15. March 10th.

Сведения об авторах

Кожина Ксения Евгеньевна: юрист юридической фирмы Dentons

Контактная информация:

Адрес: 125196, г. Москва, ул. Лесная, д. 7, БЦ «Белые Сады», 12-й этаж

Тел.: +7 (495) 644-05-00

E-mail: ksenia.kozhina@dentons.com

Артюшенко Дмитрий Викторович: кандидат юридических наук, юрист компании Бейкер и Макензи — Си-Ай-Эс, Лимитед

Контактная информация:

Адрес: 125196, г. Москва, ул. Лесная, д. 9, БЦ «Белые Сады», 10-й этаж

Тел.: +7 (495) 787-27-00

E-mail: dmitry.artyushenko@bakermckenzie.com