

УДК: 341; 346.

<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2021-2-26-88-97>

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2021

Правовые аспекты определения границ товарных рынков, участниками которых являются владельцы цифровых платформ: дело Amex¹

Маслов А.О.,

Московский государственный
юридический университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Аннотация

Цифровые платформы стали реальностью экономики, важным инструментом предпринимательской деятельности и конкурентной борьбы. При этом национальные и наднациональные антимонопольные регуляторы столкнулись с рядом трудноразрешимых проблем определения границ товарных рынков, участниками которых выступают владельцы цифровых платформ.

В статье рассмотрены основные правовые аспекты определения продуктовых и географических границ товарных рынков, участниками которых являются хозяйствующие субъекты — владельцы цифровых платформ.

В качестве фактического прецедента рассматривается решение Верховного Суда США по делу в отношении компании Amex, в котором высшая судебная инстанция США пришла к выводу, что границы товарного рынка, участником которого выступает компания, владеющая двусторонней транзакционной цифровой платформой, необходимо определять по транзакции. На однозначность этого решения указывает тот факт, что решение вынесено пятью голосами против четырех.

Приведены результаты анализа существующих в доктрине конкурентного права подходов к определению границ товарных рынков, участниками которых выступают владельцы цифровых платформ.

Ключевые слова: антимонопольное регулирование, конкурентное право, цифровые платформы, цифровая экономика, цифровые рынки, двусторонние платформы, двусторонние рынки, сетевые эффекты, дело Amex.

Для цитирования: Маслов А.О. Правовые аспекты определения границ товарных рынков, участниками которых являются владельцы цифровых платформ: дело Amex // Российское конкурентное право и экономика. 2021. № 2 (26). С. 88—97, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2021-2-26-88-97>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-311-90069.

Legal Aspects of Defining Market' Boundaries where Digital Platforms' Owners Participate: Amex Case²

Anton O. Maslov,
Kutafin Moscow State Law
University (MSAL),
Sadovaya-Kudrinskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

Year by year, digital platforms are becoming more popular in doing business. At the same time antitrust regulators around all the world face with challenges in analyzing the market boundaries where digital platforms' owners participate.

The article examines legal aspects of determining product and geographical boundaries of markets where digital platforms' owners operate.

The article deals with Amex case in which The US Supreme Court held that boundaries of the market where two-sided transactional digital platforms' owners operate should be determined by the transaction. No doubt, this approach is debatable and the fact that the Court issued 5–4 decision proves that.

The article also deals with approaches in competition law doctrine to defining the boundaries of product markets in which the owners of digital platforms are involved.

Keywords: *antitrust, competition law, digital platforms, digital economy, digital markets, two-sided platforms, two-sided markets, network effects, Amex case.*

For citation: Maslov A.O. Legal aspects of defining market' boundaries where digital platforms' owners participate: Amex case // Russian Competition Law and Economy. 2021. No. 2 (26). P. 88–97, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2021-2-26-88-97>

The author declare no conflict of interest.

Введение

Действия хозяйствующих субъектов — владельцев цифровых платформ на различных товарных рынках — все чаще становятся предметом не только научных трудов российских и зарубежных ученых [1, 2], но и антимонопольных исследований.

В качестве примеров следует выделить недавние расследования европейских антимонопольных регуляторов, а также ФАС России в отношении компании Booking.com на предмет правомерности использования условия о паритете цен в соглашениях со средствами размещения.

Кроме того, релевантным является пример судебного разбирательства в США и антимонопольного расследования ФАС России в отношении компании Apple, которая владеет транзакционной двусторонней платформой "App store". В 2019 г. Верховный Суд США вынес решение по спору между группой пользователей iPhone и компанией Apple Inc. ВС США пришел к выводу, что компания Apple монополизирует рынок приложений для iPhone путем установления монополично высоких цен в магазине приложений "App Store". В 2020 г. ФАС России вынесла решение в отношении компании Apple, в котором признала факт злоупотребления компанией доминирующим положением на рынке

² The reported study was funded by RFBR, project number 20-311-90069.

распространения приложений для мобильных устройств, функционирующих под управлением операционной системы iOS³. Указанные расследования и судебные разбирательства показали, что из-за развития цифровых технологий вопросы анализа товарных рынков усложнились. В антимонопольных расследованиях в отношении компаний, владеющих цифровыми платформами, всегда возникает ряд сложностей, связанных с определением продуктовых и географических границ товарного рынка, на котором действует владелец цифровой платформы. Когда заходит речь о двусторонних цифровых платформах, то возникает вопрос — на каком товарном рынке действует хозяйствующий субъект, который владеет соответствующей платформой? При этом ответ на данный вопрос не столь однозначен. В настоящее время отсутствуют единые методологические подходы к определению продуктовых и географических границ товарных рынков, на которых функционируют хозяйствующие субъекты, владеющие цифровыми платформами. При этом единые методологические подходы отсутствуют как у представителей экономической и юридической доктрины, так и у антимонопольных регуляторов по всему миру.

В деле штата Огайо против компании “American Express Company и American Express Travel Related Services Company”⁴ (далее — *Аtex, Компания*) Верховный Суд США также столкнулся с вопросом определения продуктовых и географических границ товарного рынка, участником которого является компания, владеющая цифровой платформой. Речь идет о цифровой платформе Аtex, владелец которой предоставляет банковские услуги двум разным категориям потребителей: владельцам банковских карт Аtex, а также компаниям, которые принимают к оплате карты Аtex. В доктрине конкурентного права такие платформы называют двусторонними [1].

При рассмотрении указанного дела перед судами нижестоящих инстанций и ВС США возник разумный вопрос — владельцы банковских карт Аtex и компании, которые принимают к оплате карты Аtex, являются участниками одного рынка или каждый из них действует на отдельном товарном рынке? В доктрине конкурентного права существует несколько подходов к определению границ товарного рынка, на котором действует компания, владеющая цифровой платформой [2].

Первый подход заключается в следующем. Товарный рынок, на котором действует владелец цифровой платформы, рассматривается как единый рынок для всех лиц, которым владелец платформы оказывает соответ-

ствующие услуги. Второй подход заключается в том, что для каждой категории потребителей, которой владелец платформы оказывает соответствующие услуги, определяется свой собственный товарный рынок.

Представителями первого подхода являются, в частности, проф. Майкл Катц [3] и некоторые другие ученые (экономисты и юристы), которые представили свои экспертные заключения для Верховного Суда США при рассмотрении дела Аtex [4]. В качестве аргументов в пользу узкого подхода к определению границ товарного рынка (у каждой категории участников платформы свой товарный рынок) было указано следующее: антиконкурентный эффект от действий владельца платформы необходимо оценивать отдельно для каждой категории потребителей услуг платформы, поскольку они все имеют разноплановые экономические интересы.

Среди представителей второго подхода следует выделить проф. Л. Филлистручи, который отмечает, что границы товарного рынка, на котором действует владелец цифровой транзакционной платформы, необходимо определять по транзакции, которую участники платформы совершают друг с другом.

Проанализируем решение ВС США, чтобы понять, какой же из указанных подходов возобладавал в решении по делу Аtex.

1. Фактические обстоятельства дела Аtex

Аtex — американская финансовая компания, одной из услуг которой является выпуск и обслуживание кредитных карт. Когда владелец кредитной карты приобретает товар за счет кредитных денежных средств, то Компания обеспечивает проведение транзакции через свою банковскую сеть следующим образом. Компания снимает денежные средства с карты покупателя, переводит их на счет продавца, удерживая при этом комиссию за свои услуги.

Услуга, которую Компания оказывает владельцам карт Аtex, заключается в возможности совершать покупки за счет кредитного лимита по карте без использования бумажных денег. В качестве вознаграждения за данную услугу владельцы платят денежную сумму за обслуживание карты. Также Компания предоставляет владельцам карт бонусы в зависимости от суммы потраченных денежных средств. В качестве бонусов могут выступать: авиамили, кешбэк и т. д.

Услуга, которую Компания оказывает продавцам, заключается в возможности получить оплату за проданные товары (оказанные услуги, выполненные работы) непосредственно на свой банковский счет⁵. В качестве вознаграждения за данную услугу Компания взимает с продавцов комиссию с каждой операции по оплате товара.

³ См.: Решение ФАС России от 28 августа 2020 года по делу № 11/01/10-24/2019 // <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/b70e9d96-8d39-46f5-9d7d-342da95b354b/> (Дата обращения: 31.12.2020).

⁴ Ohio et al. v. American Express co. et al. (2018) // https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454diff_6579.pdf (Дата обращения: 30.04.2020).

⁵ Ohio et al. v. American Express co. et al. (2018), Opinion of the Court. P. 6 // https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454diff_6579.pdf

При этом есть одна важная деталь. Если продавцы имеют намерение начать принимать к оплате кредитные карты Amex, то им необходимо заключить соглашение с Amex и подписать оговорку (далее — *Оговорка*). Согласно условиям Оговорки [5] продавец не имеет права совершать следующие действия:

- предлагать покупателям скидки или иные преимущества в связи с тем, что покупатели будут оплачивать покупку кредитными картами других эмитентов, которые взимают с продавца меньший размер комиссии по сравнению с Amex;
- отговаривать покупателей от оплаты покупки картой Amex, а также просить покупателей оплатить покупку картой другого эмитента;
- каким-либо образом дискриминировать владельцев карт Amex.

В октябре 2010 г. Министерство юстиции США совместно с несколькими штатами подали коллективный иск в отношении Amex, утверждая, что Оговорка Компании нарушает положения законодательства о защите конкуренции⁶.

2. Позиция заявителей

Заявители утверждали, что Оговорка Amex приводит к повышению размера комиссии для продавцов. Заявители указали, что за период с 2005 по 2010 г. Компания повысила размер комиссии для продавцов в среднем на 0,09%, а прибыль от такого повышения не была направлена на предоставление бонусов покупателям — держателям карт⁷.

Истцы утверждали, что Компания обладает рыночной властью на рынке кредитных карт в силу следующего [6]. Во-первых, у Компании есть устойчивое количество лояльных держателей карт, что предоставляет ей преимущества при ведении переговоров с продавцами. Во-вторых, несмотря на повышение размера комиссии, ни один из крупных продавцов не перестал принимать к оплате кредитные карты Amex.

3. Позиция Amex

Компания апеллировала к тому, что изначально устанавливала высокую комиссию для продавцов, поскольку держатели кредитных карт Компании — состоятельные люди, которые тратят больше, чем держатели карт Visa и MasterCard. Как следствие, владельцы карт приносят дополнительную выгоду продавцам.

Более того, Компания использует прибыль от высоких комиссий для продавцов, чтобы предоставлять держателям карт как можно больше бонусов. Данные бонусы необходимы для поддержания уровня лояльности держателей карт и стимулирования их тратить больше.

Amex указывала, что ее модель установления комиссий для продавцов и покупателей направлена на достижение конкурентных целей, и тот факт, что данная модель отличается от ценовых моделей компаний Visa и MasterCard, не свидетельствует о наличии рыночной власти у Amex.

Кроме того, Компания указывала, что комиссия компаний Visa и MasterCard также возрастает, в частности, в регионах, где карты Amex не принимаются и не действует Оговорка. Это, по мнению Компании, свидетельствует о том, что повышение комиссии для покупателей не связано с Оговоркой Amex, а вызвано конкурентной борьбой компаний на рынке за увеличение количества держателей своих карт.

4. Вопрос о товарном рынке

Как следует из фактических обстоятельств дела, Amex предоставляет банковские услуги двум разным категориям потребителей:

- владельцам банковских карт Amex;
- компаниям — продавцам товаров(услуг), которые принимают к оплате карты Amex.

При этом спрос каждой группы потребителей на банковские услуги зависит не только от цены и качества банковской услуги, но и от того, насколько активно другая группа потребителей пользуется соответствующей услугой.

Иными словами, держателям пластиковых карт экономически выгодно использовать карты эмитентов, которые принимают большое количество продавцов. Тогда как продавцам экономически выгодно принимать карты, которыми пользуется значительное количество держателей. В экономической теории и доктрине конкурентного права данное явление называется косвенным сетевым эффектом [7].

Тот факт, что Компания посредством двусторонней цифровой платформы оказывает услуги двум разным группам потребителей, вызывает важный с юридической точки зрения вопрос — на скольких товарных рынках действует Amex?

Действует ли Компания на одном рынке, предоставляя связанную услугу двум разным группам потребителей, которые находятся на разных сторонах единого рынка? Или Компания действует на двух разных рынках, предоставляя разные, но взаимосвязанные услуги двум категориям потребителей?

Ответ на указанные вопросы имеет важное значение для правильной квалификации действий Компании с точки зрения антимонопольного законодательства в связи со следующим.

⁶ Изначально соответчиками Amex выступали прямые конкуренты — компании Visa и MasterCard. Однако в ходе слушаний компании Visa и MasterCard признали факт нарушения и исключили похожие условия из своих соглашений с продавцами.

⁷ Ohio vs Amex transcript of oral argument // https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-1454_o7jp.pdf

Если придерживаться позиции, что продавцы и владельцы банковских карт действуют на разных товарных рынках и у Amex присутствует доминирующее положение, то повышение размера комиссии для продавцов может рассматриваться как нарушение антимонопольного законодательства. При этом факт нарушения антимонопольного запрета на злоупотребление рыночной властью не будет ставиться в зависимость от того, привело ли повышение размера комиссии для продавцов к позитивным последствиям для держателей карт.

В то же время если придерживаться позиции, что продавцы и владельцы банковских карт действуют на одном товарном рынке, то получается следующее. Повышение размера комиссии для продавцов, которое не приводит к негативным последствиям для владельцев банковских карт, не может рассматриваться как нарушение антимонопольного законодательства даже в случае наличия доминирующего положения у компании, которая владеет цифровой платформой. Поскольку Компания всегда может сказать, что ее действия приносят положительный эффект для одного из участников товарного рынка.

В доктрине высказывается позиция, согласно которой действия хозяйствующего субъекта — владельца цифровой платформы в отношении одной группы участников платформы нельзя оценить с точки зрения их влияния на конкуренцию без учета последствий от таких действий для другой группы участников цифровой платформы [8].

Ряд исследователей, в том числе проф. Лапо Филлистручи, указывает, что участники транзакционной платформы действуют на одном товарном рынке, поэтому если владелец платформы совершает действия, которые приносят вред одним участникам платформы, но при этом приносят пользу другим участникам платформы, то такие действия нельзя признавать антиконкурентными [9].

Другие исследователи придерживаются позиции, согласно которой пользователи платформы имеют разные экономические интересы [10], поэтому для каждого пользователя владелец платформы оказывает свою услугу. Как следствие, для каждого участника платформы необходимо определять свой собственный товарный рынок. В частности, такой подход к определению товарного рынка используется в отношении рынка кредитных карт [11].

Позиция судов первой и второй инстанций

Районный суд⁸ пришел к выводу, что Оговорка нарушает положения законодательства о защите конкуренции. Суд первой инстанции подошел к вопросу определения границ товарного рынка, на котором действует владелец цифровой платформы, с точки зрения узкого подхода

и решил рассмотреть рынок кредитных карт⁹ как два самостоятельных рынка:

- рынок, на котором Компания оказывает услуги продавцам;
- рынок, на котором Компания оказывает услуги покупателям — держателям карт.

Оценивая влияние Оговорки на уровень конкуренции на рынке кредитных карт, на котором Компания оказывает услуги продавцам, суд указал, что Amex обладает рыночной властью на указанном рынке, а Оговорка Amex носит антиконкурентный эффект, т. к. влечет за собой более высокий размер комиссии для продавцов¹⁰.

Районный суд отметил, что в период с 2005 по 2010 г. Компания 20 раз повышала размер комиссии для продавцов. При этом Компания не учитывала риск того, что продавцы могут обращаться к покупателям с просьбой оплачивать товар другими кредитными картами, поскольку Оговорка запрещает подобные действия со стороны продавцов. Более того, Компания не спроецировала на покупателей выгоду от повышения размера комиссии для продавцов. Иными словами, для покупателей размер комиссии не уменьшился, и какой-либо иной выгоды они также не получили. Кроме того, за указанный период Компания не потеряла ни одного из своих крупных клиентов-продавцов. Районный суд установил, что если бы не было Оговорки, то продавцы бы просили покупателей оплачивать покупки кредитными картами других банков каждый раз, когда Компания повышала размер комиссии.

Однако Апелляционный суд второго округа¹¹ отменил решение суда первой инстанции по причине некорректного определения границ товарного рынка. Апелляционный суд пришел к выводу, что рынок кредитных карт является единым двусторонним и включает как держателей карт, которым предоставляется возможность совершать покупки по кредитной карте, так и продавцов, которым предоставляется возможность принимать к оплате кредитные карты. Иными словами, суд определил продуктовые границы товарного рынка по транзакциям, которые оплачиваются по кредитным картам.

⁸ Ohio vs Amex, District court decision // <https://www.justice.gov/file/342121/download>

⁹ В деле Amex товарный рынок был определен именно как рынок кредитных карт, поскольку суды посчитали, что услуги по выпуску и обслуживанию кредитных и дебетовых карт образуют разные товарные рынки. Кроме того, Оговорка Amex не запрещала продавцам предлагать покупателям оплатить товар дебетовой картой любого эмитента, чеком и наличными денежными средствами. В свою очередь, Компания апеллировала к тому, что дебетовые и кредитные карты образуют один товарный рынок. Однако данный довод не был поддержан судами.

¹⁰ Ohio et al. v. American Express co. et al. (2018), Opinion of the Court. P. 7. // https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf

¹¹ Ohio vs Amex, Appeal court decision // <https://cdn.ballotpedia.org/images/0/0e/OHvAmEx.pdf>

Также суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что Оговорка Amex не оказывает негативный эффект на конкуренцию на указанном товарном рынке¹².

Выводы ВС США

Верховный суд 5 голосами против 4 оставил в силе решение апелляционного суда второго округа. Суд отметил, что в ряде случаев при определении товарного рынка необходимо объединить два разных по своей сути товара (услуги) в единый рынок, если это соответствует реалиям определенной индустрии.

Суд пришел к выводу, что в деле Amex товарный рынок нельзя определять только для продавцов или только для держателей карт. Рынок необходимо определять по транзакции, которая совершается на платформе. Как следствие, ВС определил рынок как рынок транзакций, которые оплачиваются по кредитным картам.

Указанный вывод ВС мотивировал следующим тезисом. Amex является двусторонней цифровой платформой. Компания как владелец платформы предоставляет продавцам услуги по банковскому обслуживанию, а покупателям — услуги по выпуску и обслуживанию кредитных карт.

На двусторонней цифровой платформе большую роль имеет косвенный сетевой эффект. По этой причине количество потребителей на каждой стороне транзакционной цифровой платформы зависит от количества потребителей на другой стороне платформы.

Соответственно, Компания как владелец платформы Amex может осуществить транзакцию через свою сеть лишь при условии, что продавцы будут принимать карты Amex, а покупатели будут расплачиваться картами Amex. Платформа не может оказывать указанные услуги каждой из сторон по отдельности¹³. Как следствие, при определении продуктовых и географических границ рынка кредитных карт необходимо учитывать участников с двух сторон: продавцов и держателей карт¹⁴.

Вопрос о рыночной власти

По мнению ВС представленные истцами доказательства не позволяют сделать вывод, что Оговорка предоставила Компании рыночную власть для установления антиконкурентных цен на рынке транзакций, которые оплачиваются по кредитным картам.

ВС указал, что рыночная доля Компании на указанном товарном рынке напрямую зависит от количества транзакций, которые прошли через сеть Amex. Как следствие,

повышение цены для участников с одной стороны рынка не приводит к антиконкурентному эффекту на рынке в целом, если нет доказательств того, что владелец платформы также повысил цену для участников с другой стороны рынка.

Иными словами, ВС распределил предмет доказывания таким образом, что истцу необходимо было доказать, что Оговорка Компании привела к повышению расходов для совершения транзакции в целом, то есть транзакция должна стать дороже как для продавцов, так и для покупателей. Как следствие, суд возложил на истцов бремя доказывания того, что повышение цены на транзакцию привело к сокращению общего количества транзакций или иным образом негативно отразилось на уровне конкуренции на рынке транзакций, которые оплачиваются по кредитным картам¹⁵.

Кроме того, ВС США указал, что в деле нет доказательств, указывающих на антиконкурентную цель и последствия от повышения комиссии для продавцов. Также в деле нет доказательств, указывающих на факт того, что размер комиссии Компании выше, чем у ее конкурентов.

Суд добавил, что в период с 2008 по 2013 г. количество покупок, оплачиваемых кредитными картами, выросло на 30%. Как следствие, при возрастании спроса на услугу разумно ожидать повышения цены.

Также истцы не доказали, что оговорка Компании привела к ограничению конкуренции между компаниями — эмитентами кредитных карт. По мнению ВС США ценовая политика Компании привела к развитию конкуренции на рынке и улучшению качества предоставляемых услуг.

Суд указал, что бизнес-модель Компании привела к тому, что компании Visa и MasterCard стали предоставлять держателям своих карт услуги премиальной категории с большими бонусами. Как следствие, ряд ранее недоступных услуг стали доступны для держателей карт. Что важно, указанные услуги стали доступны для держателей карт непремимального сегмента (которые тратят меньше по сравнению с премиальными пользователями), хотя ранее данные услуги были им недоступны.

В период с 1971 по 2001 г. количество держателей кредитных карт выросло более чем в 3 раза. Количество держателей кредитных карт среди потребителей с низким уровнем дохода возросло с 2 до 38%.

По мнению ВС США, Оговорка Amex не привела к негативным последствиям для уровня конкуренции между компаниями — эмитентами кредитных карт, поскольку на рынке присутствует высокий уровень конкуренции.

Именно высокий уровень конкуренции между платформами побуждает Amex как повышать, так и понижать размер комиссии для продавцов. В частности, в период

¹² Ohio et al. v. American Express co. et al. (2018), Opinion of the Court. P. 8.

¹³ Opinion of the Court. P. 13.

¹⁴ Opinion of the Court. P. 12, 14, 15.

¹⁵ Opinion of the Court. P. 16.

с 2005 по 2010 г. Amex повысила размер комиссии для продавцов, что привело к отказу ряда продавцов использовать услуги Компании. После Компания прекратила повышать цены на свои услуги, чтобы стимулировать продавцов принимать свои карты. Аналогичная ситуация произошла в конце 80-х — начале 90-х гг. XX в. Компания была вынуждена понизить размер своей комиссии для продавцов в аптеках, супермаркетах, заправочных станциях и ряда других продавцов, которые продают товары из группы повседневного спроса.

Важно, что взяв меньший размер комиссии с продавцов, прямые конкуренты Компании — Visa, MasterCard, Discover достигли более значительной рыночной доли (примерно на 3 млн больше продавцов используют их сеть).

Большое количество продавцов, которые используют сети Visa, MasterCard, Discover, является главным конкурентным преимуществом данных компаний. В то же время это стимулирует Amex предлагать выгодные условия продавцам, поскольку покупатели предпочитают карты, которые принимаются повсеместно.

Компании Visa и MasterCard устанавливают дифференцированный размер комиссии в зависимости от разновидности кредитной карты. Такая ценовая политика позволяет поддерживать невысокий размер комиссии для продавцов и повышать количество продавцов, которые принимают данные карты.

Конкуренция на данном рынке привела к тенденции по снижению размера комиссии для продавцов. С момента выпуска первой кредитной карты в 1950 г. размер комиссии для продавцов (в том числе комиссия Amex) уменьшился в два раза.

Также ВС США добавил, что Оговорка Компании приводит к стимулированию межбрендовой конкуренции на рынке, увеличивает качество и количество транзакций на рынке.

Кроме того, если продавец будет отговаривать покупателя совершать оплату посредством карты Amex по причине высокой комиссии, то это подрывает представление покупателя о желании продавцов принимать к оплате карту, держателем которой они являются.

Суд пояснил, что отказ одного продавца принимать карты Amex приводит к нежеланию покупателей в целом использовать карты Amex для оплаты, что негативно отражается на финансовых показателях Компании. Как следствие, обесцениваются инвестиции Компании в бонусные программы для покупателей, направленные на стимулирование покупателей тратить больше. Если не будут инвестиции в бонусные программы, то покупатели не будут больше тратить, что негативно отразится на продавцах.

По мнению ВС, оговорка Amex не является препятствием для Visa, MasterCard или Discover конкурировать с Amex путем установления более низких размеров комиссии для продавцов и вести борьбу за увеличение количества продавцов, которые принимают их карты.

5. Особое мнение

Четверо судей не согласились с позицией большинства и выступили с особым мнением, в котором поддержали позицию суда первой инстанции относительно определения границ товарного рынка. Свой вывод судьи мотивировали тем, что услуги, которые Компания оказывает продавцам и покупателям, не являются взаимозаменяемыми и не могут быть включены в границы одного товарного рынка. Это разные услуги, которые образуют два разных рынка¹⁶. К такому же выводу приходит ряд исследователей в сфере конкурентного права [12, 13].

Выводы судей представляют определенный интерес. В частности, судьи указывают, что исходя из решения можно выделить следующие характерные признаки двусторонней транзакционной платформы Amex:

- платформа предлагает разные услуги разным группам потребителей;
- потребители взаимодействуют друг с другом через платформу;
- на платформе большое влияние оказывает косвенный сетевой эффект.

По мнению судей, данные признаки не являются какими-то уникальными, чтобы на их основе включать в границы одного товарного рынка разные по экономической сути невзаимозаменяемые услуги¹⁷. Судьи приводят в пример фермерские рынки, которые действуют как платформы, позволяя взаимодействовать покупателям и производителям продукции.

Также в пример приводится рынок туристических услуг, на котором действуют турагенты, позволяя взаимодействовать покупателям туристических услуг, а также владельцам авиакомпаний и средств размещения. На указанных рынках также большую роль играет косвенный сетевой эффект. Соответственно, такие рынки не смогут функционировать хотя бы без одной из сторон.

Выводы

1. Известно, что конечной целью определения продуктовых границ товарного рынка является установление товара, который обращается на рынке. Исходя из фактических обстоятельств дела Amex следует, что на рынке кредитных карт обращается 2 товара (услуги):

- по выпуску кредитных карт — конкуренция происходит за потребителей, которые используют кредитные карты для оплаты товаров;
- по банковскому обслуживанию предпринимателей — конкуренция происходит за субъектов, которые осуществляют реализацию товаров, выполнение работ, оказание услуг и принимают к оплате кредитные карты.

¹⁶ Dissenting Opinion. P. 10—12.

¹⁷ Dissenting Opinion. P. 15—18.

2. Очевидно, указанные услуги невзаимозаменяемые, поскольку потребители этих услуг — разные лица с разными экономическими интересами, которые также являются участниками разных товарных рынков. Кроме того, данные услуги удовлетворяют разные экономические потребности, имеют разную стоимость, разные качественные характеристики и условия оказания. Соответственно, такие услуги не рассматриваются с точки зрения среднестатистического потребителя как взаимозаменяемые. Как следствие, каждая из указанных услуг обращается на своем собственном товарном рынке, и они не могут быть включены в границы одного товарного рынка.

В этой связи подход к определению границ товарного рынка, который функционирует с помощью цифровой платформы, представляется весьма логичным и обоснованным — *границы товарного рынка следует определять не по транзакциям, а исходя из обращаемого на рынке товара, за потребителей которого происходит конкуренция.*

3. Подход к определению границ рынка кредитных карт, поддержанный большинством судей ВС США и судом апелляционной инстанции при рассмотрении дела *Amex*, носит неоднозначный и спорный характер. Согласно данному подходу практически любой товарный рынок можно назвать двусторонним и на этом основании включить в границы одного товарного рынка разные невзаимозаменяемые услуги.

Следует согласиться с позицией судей, изложенной в особом мнении. Действительно, многие товарные рынки функционируют благодаря платформе, которая позволяет нескольким категориям потребителей взаимодействовать друг с другом. Однако из этого не следует, что границы таких товарных рынков необходимо определять по транзакции, которую на платформе совершают участники рынка.

Более того, необходимо дифференцированно подходить к каждому конкретному случаю. Вряд ли разумно в случае транзакционной цифровой платформы определять границы товарного рынка по транзакции, объединяя в границы одного рынка едва ли взаимозаменяемые между собой товары (услуги).

Например, двусторонняя транзакционная цифровая платформа “App Store”, владелец которой, компания Apple, также одновременно оказывает услуги двум категориям потребителей:

- разработчикам приложений — услуги по распространению приложений для устройств под управлением iOS через платформу “App Store”;
- владельцам устройств, функционирующих на операционной системе iOS, — услуги по предоставлению возможности приобретать приложения через “App Store”.

При этом в силу ограничений технического и договорного характера разработчики приложений могут

предлагать к продаже, а владельцы устройств приобретать приложения исключительно через платформу “App Store”. По этой причине географические границы рынка приложений для устройств iOS фактически замыкаются на платформе “App Store”. Однако это не означает, что продуктовые границы товарного рынка приложений для устройств iOS необходимо определять по транзакции, которая совершается между пользователем устройства iOS и компанией Apple, которая продает пользователям приложения.

Цифровая платформа “App Store” — инфраструктура, которая позволяет взаимодействовать двум категориям потребителей друг с другом. Важно, что при рассмотрении дела о нарушении компанией Apple антимонопольного законодательства путем злоупотребления своим доминирующим положением на рынке приложений для устройств iOS ФАС России не стала определять товарный рынок по транзакции¹⁸.

Равным образом ВС США в 2019 г. при вынесении решения по факту установления компанией Apple монопольно высокой цены на рынке приложений для устройств iOS также не стал определять товарный рынок приложений по транзакции.

Booking.com также является двусторонней платформой, владелец которой оказывает услуги двум категориям потребителей:

- пользователям услуг средств размещения — услуги по поиску, сравнению гостиниц по наличию номеров, цене, отзывам потребителей, а также услуги по бронированию и оплате услуг средств размещения;
- средствам размещения — услуги по продаже номеров через платформу, а также услуги по продвижению средства размещения на платформе.

При этом при рассмотрении в отношении компании Booking.com дел о нарушении антимонопольного законодательства ни ФАС России, ни европейские антимонопольные регуляторы также не стали определять товарный рынок по транзакциям, которые совершаются через платформу Booking.com.

4. Действующая судебная и административная практика по вопросу определения границ товарного рынка, на котором функционирует хозяйствующий субъект — владелец цифровой транзакционной платформы, не свидетельствует о том, что границы таких товарных рынков следует определять по транзакции, которая совершается на платформе.

5. Широкий подход к определению границ товарного рынка, на котором действует хозяйствующий субъект — владелец двусторонней цифровой платформы, может привести к негативным последствиям. В частности,

¹⁸ Решение ФАС России от 28 августа 2020 г. по делу № 11/01/10-24/2019 // <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/b70e9d96-8d39-46f5-9d7d-342da95b354b/>

потенциально опасные с точки зрения антимонопольного законодательства действия хозяйствующего субъекта, обладающего рыночной властью, не будут признаны незаконными, поскольку такие действия причиняют убытки только одной категории потребителей услуг компании — владельца цифровой платформы.

6. Неправильное определение границ товарного рынка приводит к неточным выводам относительно объема товарного рынка, состава хозяйствующих субъектов — участников рынка и их долей.

Владельцы цифровых платформ часто апеллируют к более широкому определению границ товарного рынка, чтобы увеличить объем рынка и тем самым уменьшить размер своей рыночной доли. Так, в ходе антимонопольного расследования в России компания Booking.com в своей правовой позиции указывала на более широкое определение границ товарного рынка, нежели они были определены в аналитическом отчете антимонопольного органа. Не вызывает сомнений, что данная позиция была направлена на уменьшение процента рыночной доли и, как следствие, на доказывание факта отсутствия доминирующего положения. Однако в решении¹⁹ по делу Booking.com ФАС России подошла узко к вопросу определения продуктовых границ товарного рынка агрегаторов информации о средствах размещения.

7. Также весьма спорным является вывод ВС США о том, что действия Компании не приводят к нарушению прав владельцев банковских карт — покупателей. В решении суда отсутствует анализ того, каким образом высокий размер комиссии для продавцов отражается на конечной цене реализуемого ими товара. Суд не проанализировал вопрос — не приводит ли высокий размер комиссии к тому, что продавец полностью или в какой-то части перекладывает эти издержки на покупателей, что приводит к удорожанию реализуемого товара. Поскольку весьма разумно предположить, что продавец закладывает полностью или частично свои издержки в виде комиссии Компании в стоимость реализуемого товара, что, соответственно, приводит к возрастанию расходов владельцев кредитных карт. Таким образом, вполне допустимо, что высокая комиссия Апекс негативным образом отражается на всех пользователях цифровой платформы: как на покупателях, так и на продавцах.

8. Проведенный анализ показывает, что в доктринальных позициях и в правоприменительной практике существует амбивалентность методологических подходов к определению продуктовых и географических границ товарных рынков, участниками которых являются владельцы цифровых платформ. Очевидно, что в целях унификации правоприменительной практики и обеспече-

ния принципа равенства всех участников оборота перед законом необходимо выработать единые методологические подходы к определению границ указанных товарных рынков в зависимости от особенностей той или иной цифровой платформы, а также общих условий обращения товаров на рынке. ■

Литература [References]

1. Filistrucchi, Lapo and Geradin, Damien and van Damme, Eric E.C. and Affeldt, Pauline, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice (March 16, 2013). TILEC Discussion Paper No. 2013-009, Tilburg Law School Research Paper No. 09/2013, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2240850> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2240850>
2. Wright J.D., Yun J.M. Burdens and Balancing in Multi-sided Markets: The First Principles Approach of Ohio v. American Express. Rev Ind Organ 54, 717–740 (2019). URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11151-019-09677-7?shared-article-renderer>
3. Katz M., & Sallet J. (2018). Multisided platforms and antitrust enforcement. Yale Law Journal, Vol. 127. No. 7 P. 2144-2145, 2154. URL: <https://www.yalelawjournal.org/feature/multisided-platforms-and-antitrust-enforcement>
4. Connor John M. and Gaynor, Martin and McFadden, Daniel L. and Noll, Roger G. and Perloff, Jeffrey M. and Stiglitz, Joseph E. and White, Lawrence J. and Winter, Ralph A., Brief for Amici Curiae John M. Connor, Martin Gaynor, Daniel Mcfadden, Roger Noll, Jeffrey M. Perloff, Joseph A. Stiglitz, Lawrence J. White, and Ralph A. Winter in Support of Petitioners; In the Supreme Court of the United States; States of Ohio, Connecticut, Idaho, Illinois, Iowa, Maryland, Michigan, Montana, Rhode Island, Utah, and Vermont, Petitioners v. American Express Company, and American Express Travel Related Services Company, Inc., Respondents. (July 6, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3287799> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3287799>
5. Harrison, Jeffrey Lynch, Ohio v. American Express: Misunderstanding Two-Sided Platforms, the Charge Card 'Market,' and the Need for Procompetitive Justifications (August 13, 2018). 70 Mercer L. Rev. 437 (2020), University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 20-23, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3230282> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3230282>
6. Evans David S. The Antitrust Economics of Two-Sided Markets (November 2, 2002). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=332022> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.332022>
7. Joshua H. Soven, Thu Hoang, More Old News than New News in American Express. Antitrust, Vol. 33, No. 1, Fall 2018. P. 23.

¹⁹ Решение ФАС России от 29 декабря 2020 г. по делу № 11/01/10-41/2019 // <https://br.fas.gov.ru/cases/28df6ff0-bccd-449e-8909-0d9c66700f0d/>

- URL: https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/publications/antitrust_magazine/2018/atmag-fall2018/
8. Höppner Thomas. Defining Markets for Multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines (August 15, 2015). 38 World Competition, Issue 3, 2015, pp. 349—366.
Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3040557>
9. Lapo Filistrucchi et al., Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, Journal of Competition Law & Economics, Volume 10, Issue 2, June 2014, Pages 293—339, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu007>
10. Katz M., & Sallet J. (2018). Multisided platforms and antitrust enforcement. Yale Law Journal, Vol. 127, No. 7. P. 2142—2175.
URL: <https://www.yalelawjournal.org/feature/multisided-platforms-and-antitrust-enforcement>
11. Carlton Dennis W. and Winter Ralph A. Vertical MFN's and the Credit Card No-Surcharge Rule (May 16, 2018).
Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2982115> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2982115>
12. Hovenkamp Herbert. Platforms and the Rule of Reason: The American Express Case (2019). Columbia Business Law Review, Vol. 2019, p. 35, 2019, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 19—10, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3334635>
13. Sarin Natasha. What's in Your Wallet (and What Should the Law Do About It?) (2020). University of Chicago Law Review, Vol. 87, p. 553, 2020, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 19-24, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3389505>

Сведения об авторе

Маслов Антон Олегович: младший научный сотрудник, аспирант кафедры конкурентного права МГЮА имени О.Е. Кутафина
E-mail: a.o.maslov96@gmail.com

Статья поступила в редакцию: 04.02.2021
После доработки: 16.04.2021
Принята к публикации: 11.05.2021
Дата публикации: 29.06.2021

The paper was submitted: 04.02.2021
Received after reworking: 16.04.2021
Accepted for publication: 11.05.2021
Date of publication: 29.06.2021