

УДК 341; 346
<https://doi.org/10.47361/2542-0259-2022-2-30-74-83>

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2022

Использование владельцами цифровых платформ оговорки о паритете цен: правовой аспект¹

Маслов А. О.,

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

Аннотация

Статья содержит правовой анализ оговорки о паритете цен, ее видов с точки зрения российского и зарубежного конкурентного права. Рассмотрен ряд решений российских и зарубежных судов, антимонопольных регуляторов, вынесенных по результатам антимонопольных расследований в отношении владельцев цифровых платформ, использовавших оговорку о паритете цен при осуществлении предпринимательской деятельности. Выполнен сравнительный анализ указанных решений на предмет выявления сходства и различий в подходах к правовой квалификации действий владельца цифровой платформы по использованию оговорки о паритете цен. В частности, в странах Европейского союза антимонопольные регуляторы и суды квалифицировали соответствующие действия владельца цифровой платформы как нарушение законодательного запрета на заключение ограничивающих конкуренцию вертикальных соглашений. Российский антимонопольный регулятор и суды квалифицируют действия владельца цифровой платформы как нарушение запрета на злоупотребление доминирующим положением на соответствующем товарном рынке.

Также в статье рассмотрены подходы российских и зарубежных конкурентных ведомств, судов к определению границ товарных рынков, участниками которых выступают владельцы цифровой платформы.

Ключевые слова: цифровые платформы; двусторонние рынки; оговорка о паритете цен; оговорка о наилучшей цене; конкурентное право; вертикальное соглашение; антимонопольное расследование; предупреждение; злоупотребление доминирующим положением; определение границ товарного рынка.

Для цитирования: Маслов А.О. Использование владельцами цифровых платформ оговорки о паритете цен: правовой аспект // Российское конкурентное право и экономика. 2022. № 2 (30). С. 74–83, <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2022-2-30-74-83>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

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

Legal Aspect of Applying Price Parity Clauses by Digital Platform Owners²

Anton O. Maslov,

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

Abstract

The article contains a legal analysis of the price parity clause, its types from the point of view of Russian and foreign competition law. A number of decisions of Russian and foreign courts, antimonopoly regulators made on the basis of antimonopoly investigations against owners of digital platforms who used the clause on price parity in entrepreneurial activities were considered. A comparative analysis of these decisions was carried out to identify similarities and differences in approaches to the legal qualification of the actions of the owner of the digital platform on the use of the price parity clause. In particular, in the countries of the European Union, antitrust regulators and courts have qualified the relevant actions of the owner of the digital platform as a violation of the legislative ban on the conclusion of vertical agreements restricting competition. The Russian antimonopoly regulator and the courts qualify the actions of the owner of the digital platform as a violation of the ban on abuse of dominant position in the relevant commodity market.

The article also considers the approaches of Russian and foreign competitive departments, courts to determine the boundaries of commodity markets, the participants of which are the owners of the digital platform.

Keywords: *digital platforms; two-sided markets; price parity clause; antitrust investigation; notice; market definition; competition law; abuse of dominant position; vertical agreement.*

For citation: Maslov A.O. Legal aspect of applying price parity clauses by digital platform owners // Russian Competition Law and Economy. 2022;(2(30)):74-83, (In Russ.), <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2022-2-30-74-83>

The author declare no conflict of interest.

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

Введение

Вопрос о правомерности использования хозяйствующими субъектами — владельцами цифровых платформ при осуществлении коммерческой деятельности условия о паритете цен стал предметом рассмотрения судов и антимонопольных органов в ряде стран. В частности, данный вопрос поднимался правоприменителями в Германии, Чехии, Швеции, Франции, Швейцарии, Ирландии, Австралии и США.

При этом во Франции, Австрии, Италии оговорка о паритете цен была запрещена на законодательном уровне [1].

В декабре 2019 г. Федеральная антимонопольная служба возбудила в отношении компании Booking.com дело по факту нарушения Федерального закона «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ (далее — Закон о защите конкуренции) вследствие использования владельцем указанной цифровой платформы оговорки о паритете цен в своих типовых договорах с контрагентами.

В декабре 2020 г. ФАС России вынесла по делу решение, в котором установила факт злоупотребления владельцем цифровой платформы Booking.com своим доминирующим положением на товарном рынке.

Указанные обстоятельства прямо свидетельствуют о том, что условие о паритете цен вызывает ряд вопросов с точки зрения применения антимонопольного законодательства у правоприменителей по всему миру. При этом в ходе антимонопольных расследований и судебных дел зачастую возникает вопрос о правовой квалификации деяний, совершенных владельцем цифровой платформы.

В ряде юрисдикций действия владельца цифровой платформы квалифицируются как ограничивающее конкуренцию вертикальное соглашение. В других же правовых порядках действия хозяйствующего субъекта рассматриваются как злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке.

1. Цифровые платформы и антимонопольное регулирование

На примере цифровой платформы Booking.com, владелец которой активно использует условие о паритете цен, тезисно рассмотрим вопрос о правовой природе цифровых платформ. По своей правовой природе Booking.com является двусторонней цифровой транзакционной платформой, которая позволяет одним участникам гражданского оборота осуществлять поиск, сравнение средств размещения по наличию номеров, цене, отзывам потребителей, а также осуществлять бронирование и оплату их услуг. В то же время другим участникам гражданского оборота, средствам размещения владелец цифровой платформы предоставляет услуги по продвижению на платформе.

Иными словами, цифровая платформа по онлайн-бронированию средств размещения представляет собой инфраструктуру, которая обеспечивает взаимодействие между различными участниками гражданского оборота, а именно между средствами размещения и потребителями их услуг.

В литературе [2] такие цифровые платформы, как Booking.com, также называются двусторонним товарным рынком (two-sided market), т. к. владелец платформы одновременно оказывает услуги двум указанным выше категориям потребителей.

2. Дело о нарушении антимонопольного законодательства владельцем платформы Booking.com в России

В ноябре 2019 г. Федеральная антимонопольная служба выдала компании с ограниченной ответственностью Booking.com B.V. (далее — Booking.com) предупреждение о прекращении действий, которые содержат признаки злоупотребления доминирующим положением³.

Предупреждение ФАС России содержало требование в месячный срок исключить из договоров с владельцами средств размещения на территории РФ договорное условие о необходимости соблюдения владельцами средств размещения паритета цен и номеров в отношении третьих лиц.

Антимонопольный регулятор России пришел к выводу, что включение в гражданско-правовые договоры условия о паритете цен может привести к ущемлению интересов компаний — владельцев средств размещения, а также к ограничению, устранению конкуренции на товарном рынке.

Владелец цифровой платформы предупреждение не исполнил. Как следствие, неисполнение предупреждения ФАС России повлекло за собой возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства⁴ по признакам эксплуататорского состава злоупотребления доминирующим положением, а именно о навязывании контрагенту невыгодных условий договора (п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции).

В декабре 2020 г. ФАС России вынесла решение⁵ по делу, в котором установила факт злоупотребления владельцем цифровой платформы доминирующим положением.

³ https://fas.gov.ru/news/28781/export_to_file.pdf (Дата обращения: 15.03.2022).

⁴ <https://fas.gov.ru/news/29196> (Дата обращения: 15.03.2022).

⁵ <https://br.fas.gov.ru/cases/28df6ff0-bcdd-449e-8909-0d9c66700f0d/> (Дата обращения: 15.03.2022).

2.1. Вопрос о границах товарного рынка

В антимонопольных расследованиях в отношении владельцев цифровых платформ достаточно остро встает вопрос об определении границ товарного рынка.

В решении по делу Booking.com ФАС России определила товарный рынок как рынок услуг агрегаторов информации о средствах размещения, осуществляющих свою деятельность на территории Российской Федерации⁶.

2.1.1. Продуктовые границы

ФАС России ограничила продуктовые границы исключительно услугами агрегаторов информации о средствах размещения.

Владелец цифровой платформы в ходе рассмотрения дела по существу апеллировал к более широкому определению границ товарного рынка, утверждая, что помимо цифровых платформ средства размещения также используют прямые каналы для оказания услуг: собственные сайты и мобильные приложения. Таким образом, по мнению Компании, услуги владельца платформы Booking.com являются взаимозаменяемыми по отношению к услугам, которые собственники средств размещения оказывают на своем сайте или в мобильном приложении.

Фактически широкий подход к определению границ товарного рынка идет в корреляции вместе с доктриной разумного подхода (rule of reason). Концепция данной доктрины сводится к следующему постулату. Запрещенные по общему правилу деяния могут быть признаны допустимыми, если польза для экономики и потребителей будет превышать вред для конкуренции [3]. Иными словами, действия хозяйствующего субъекта, которые содержат в себе признаки антиконкурентного действия (бездействия), должны рассматриваться как с точки зрения негативных последствий для общества, так и с точки зрения положительных последствий для общества.

Однако указанные аргументы хозяйствующего субъекта не нашли поддержки со стороны антимонопольного органа, поскольку услуга агрегатора носит комплексный характер. Иными словами, кроме возможности забронировать или оплатить услугу средства размещения, потребитель также может осуществлять поиск и сравнение средств размещения по разным критериям (отзывы, стоимость, близость к центру населенного пункта и т. д.).

На сайте или в мобильном приложении средства размещения потребитель лишен указанной возможности.

Исходя из указанной аргументации ФАС России также отклонила довод хозяйствующего субъекта о том, что услуги агрегаторов взаимозаменяемы с услугами по продаже и бронированию, которые оказывают туроператоры и турагенты.

Надо заметить, что данный подход соответствует опыту европейских антимонопольных регуляторов. Так, антимонопольный орган Германии в рамках расследования в отношении компании, владеющей цифровой платформой, при определении продуктовых границ рынка не учитывал веб-сайты средств размещения, цифровые платформы, которые не оказывают триаду услуг по онлайн-поиску, сравнению и бронированию номеров в средствах размещения, онлайн-туроператоров и турагентства⁷. Таким образом, как российский антимонопольный регулятор, так и европейские антимонопольные регуляторы подошли к определению границ товарного рынка с точки зрения узкого подхода. Иными словами, для каждой категории потребителей антимонопольные регуляторы определили свой собственный товарный рынок исходя из специфики обращаемого на рынке товара (услуги).

Кроме того, ФАС России не стала определять границы товарного рынка по сделке, которую участники платформы совершают друг с другом, как это сделал ВС США в решении по делу Amex⁸. Соответственно, можно сделать вывод, что подход ФАС России к определению продуктовых границ товарного рынка в деле в отношении владельца платформы Booking.com имеет сходство с подходом Европейской комиссии в решении по делу, возбужденному в отношении компании Mastercard по факту нарушения антимонопольного законодательства⁹.

2.1.2. Географические границы

Российский антимонопольный регулятор ограничил географические границы товарного рынка территорией Российской Федерации.

Ограничение географических границ территорией России было связано со следующим. Во-первых, язык интерфейса цифровой платформы адаптирован под конкретный регион. В России — интерфейс на русском языке. Во-вторых, средства размещения, владельцы которых вступали в договорные отношения

⁶ Факторами, ограничивающими распространение услуг агрегаторов информации о средствах размещения, являются в том числе язык интерфейса агрегатора, количество зарегистрированных средств размещения и необходимость соблюдать требования национального законодательства (в сфере туризма, гостиничной деятельности, налогов и другого применимого законодательства).

⁷ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2

⁸ Ohio et al. v. American Express co. et al. (2018) // https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454diff_6579.pdf

⁹ The Commission Decision of 19 December 2007. COMP/34.579 MasterCard. P. 9. // https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1889_2.pdf

с собственником цифровой платформы Booking.com, находятся на территории России. В-третьих, владелец цифровой платформы осуществляет взаимодействие с российскими средствами размещения через дочернее юридическое лицо, созданное по российскому праву. В-четвертых, деятельность агрегаторов и средств размещения в большой степени зависит от специфики национального законодательства в сфере гостиничной деятельности и туризма.

Иными словами, при определении географических границ товарного рынка, на котором действует владелец цифровой платформы, ФАС России учитывала лингвистические особенности региона, в пределах которого посредством цифровой платформы осуществляется реализация различных товаров (услуг).

Стоит отметить, что данный подход к определению географических границ товарного рынка использовали также антимонопольные регуляторы Германии и Швеции при рассмотрении аналогичных дел [4].

Кроме того, использование лингвистического аспекта при определении географических границ товарного рынка, участником которого выступает хозяйствующий субъект — собственник цифровой платформы, в целом является общепризнанным правовым инструментом. В частности, российский антимонопольный регулятор придерживался данного подхода при согласовании ряда сделок экономической концентрации.

Так, в 2017 г. ФАС России осуществила анализ рынка агрегаторов такси России, на котором действуют хозяйствующие субъекты, владеющие транзакционными цифровыми платформами, и пришла к выводам, что географические границы данного рынка являются федеральными и охватывают территорию всей Российской Федерации¹⁰.

В то же время существует подход к определению границ товарного рынка, на котором действует владелец цифровой платформы, как глобальных. В качестве примера реализации такого подхода можно привести решение ФАС России по результатам антимонопольного расследования в отношении компании Google¹¹.

В 2020 г. в деле в отношении компании Apple ФАС России также определила географические границы рынка распространения приложений для мобильных устройств, функционирующих под управлением операционной системы iOS, как глобальные¹².

Европейский антимонопольный регулятор также с начала двухтысячных годов придерживается методологического подхода по определению географических гра-

ниц товарного рынка, на котором действует хозяйствующий субъект — владелец цифровой платформы, как глобальных¹³.

3. Условие о паритете цен

Для того чтобы предлагать свои услуги на платформе Booking.com, владелец средства размещения должен согласиться с условием о паритете цен, которое включено в договор присоединения. Данное условие является обязательным, и в силу неравного характера переговорных возможностей владелец средства размещения не может от него отказаться или скорректировать.

С правовой точки зрения условие о паритете цен представляет собой вертикальное соглашение между собственником средства размещения и владельцем цифровой платформы. Согласно соглашению собственник средства размещения принимает на себя обязательство предоставлять владельцу цифровой платформы наилучшие условия, а именно:

- наименьшую плату за номер;
- наибольшее количество доступных номеров для бронирования;
- наилучшие номера для бронирования;
- наилучшие условия отмены бронирования.

Соблюдение условия о паритете цен является обязательным, если владелец средства размещения имеет намерение осуществлять предпринимательскую деятельность на соответствующей платформе по онлайн-бронированию.

Владелец платформы осуществляет мониторинг на предмет соблюдения владельцами средств размещения условия о паритете цен и в случае выявления нарушения применяет санкции.

В России оговорка о паритете цен включала в себя обязательство средства размещения предлагать владельцу цифровой платформы такую же или наилучшую цену на свои услуги по сравнению с:

- ценами на других платформах по онлайн-бронированию, а также с ценами турагентств и туристических операторов;
- ценами на сайте средства размещения или при оплате непосредственно при заезде клиента в средство размещения;
- ценами у любого третьего лица, которое осуществляет онлайн- или офлайн-бронирование номеров.

Таким образом, в России владелец цифровой платформы использовал «широкое» условие о паритете цен, по которому средство размещения не могло установить цену на свои услуги на платформах — конкурентах Booking.com ниже, чем на цифровой платформе —

¹⁰ <http://fas.gov.ru/documents/594338> (Дата обращения: 27.09.2021).

¹¹ Определение географических рынков. Доклад ФАС России на заседании Рабочей группы ОЭСР № 3. 2016. URL: <https://fas.gov.ru> (Дата обращения: 10.01.2021).

¹² <https://br.fas.gov.ru/cases/ffe2d473-03f6-4c98-81f2-dccc214696aa/> (Дата обращения: 27.09.2021).

¹³ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf (Дата обращения: 27.09.2021).

Booking.com. Более того, на своем собственном сайте средство размещения не могло установить цену на свои услуги ниже, чем на платформе Booking.com. Средство размещения также должно было соблюдать условие о паритете цен в отношении офлайн-туроператоров и турагентств.

Иными словами, условие о паритете цен лишало средство размещения возможности предложить третьим лицам на каком-либо ресурсе (онлайн или офлайн) наилучшую цену на свои услуги по отношению к цене на цифровой платформе Booking.com.

Известно: в случае обнаружения факта того, что средство размещения нарушает условие о паритете цен, владелец цифровой платформы Booking.com автоматически применял санкцию в виде понижения средства размещения в поисковой выдаче.

Поясним. Когда потребитель ищет средство размещения по определенным параметрам (наличие свободных номеров на определенную дату, стоимость номера, удаленность от центра города и т. д.), то строка поиска выдает средство размещения в определенном порядке. Как правило, порядок выдачи зависит от рейтинга средства размещения. Впрочем, цифровая платформа может легко изменить алгоритм выдачи и отправить в конец списка средство размещения, которое нарушило условие о паритете цен.

Естественно, чем дальше средство размещения находится в строке выдачи, тем меньше вероятность, что потребитель его забронирует среди прочих равных средств размещения.

Таким образом, указанная санкция Booking.com существенно отражалась на продажах и выручке средства размещения и стимулировала средства размещения соблюдать условие о паритете цен.

3.1. «Узкое» и «широкое» условия о паритете цен

В Германии антимонопольный регулятор также признал компанию Booking.com виновной в нарушении антимонопольного законодательства из-за использования условия о паритете цен.

В декабре 2015 г. антимонопольный регулятор Германии [5] вынес решение о запрете компании Booking.com использовать условие о паритете цен. Антимонопольный регулятор Германии указал, что условие о паритете цен нарушает положения «Закона о конкуренции» о запрете ограничивающих конкуренцию вертикальных соглашений.

Соответственно, Booking.com необходимо было исключить условие о паритете цен из своего типового договора с владельцами средств размещения.

Антимонопольный регулятор Германии определил географические границы товарного рынка как территорию ФРГ. Продуктовые границы антимонопольный регу-

лятор определил как рынок по онлайн-поиску, сравнению и бронированию номеров в средствах размещения.

Как указал антимонопольный регулятор ФРГ, на указанном рынке условие о паритете цен приводит к ограничению конкуренции как между интернет-платформами по онлайн-бронированию средств размещения, так и между средствами размещения.

Важно, что антимонопольный регулятор Германии при определении продуктовых границ рынка не учитывал веб-сайты средств размещения, цифровые платформы, владельцы которых не оказывают триаду услуг по онлайн-поиску, сравнению и бронированию номеров в средствах размещения, онлайн-туроператоров и турагентства.

Следует отметить, что на момент инициации антимонопольного расследования в Германии компания Booking.com использовала при осуществлении хозяйственной деятельности «широкое» условие о паритете цен. «Широкое» условие о паритете цен обязывало средство размещения не предлагать наилучшие условия, как на своем собственном сайте, так и на платформах — конкурентах Booking.com.

В марте 2015 г. в ходе рассмотрения дела компания Booking.com отказалась от использования «широкого» условия о паритете цен и ввела в свои типовые договоры со средствами размещения «узкое» условие о паритете цен.

«Узкое» условие о паритете цен обязывало средства размещения не предлагать наилучшие условия только на своем собственном сайте. Иными словами, «узкое» условие о паритете цен не ограничивало право средств размещения на предложение наилучших цен и других условий на платформах — конкурентах Booking.com.

Компания Booking.com рассчитывала, что если она откажется от использования в своих типовых договорах со средствами размещения «широкого» условия и перейдет на «узкое» условие о паритете цен, то антимонопольный регулятор ФРГ прекратит антимонопольное расследование.

Однако ожидания компании Booking.com не оправдались. Антимонопольный регулятор Германии оценил влияние на конкуренцию как «широкого», так и «узкого» условия о паритете цен.

В декабре 2015 г. антимонопольный орган ФРГ принял решение, согласно которому и «узкое», и «широкое» условия о паритете цен нарушают антимонопольные запреты для вертикальных соглашений.

В Швеции дело Booking.com, как в Германии, имеет длительную историю. В 2015 г. Антимонопольный орган Швеции пришел к выводу, что только «широкое» условие о паритете цен нарушает положение ст. 101 Договора о функционировании ЕС. В отношении «узкого» условия о паритете цен Антимонопольный регулятор высказался, что оно не приводит к нарушению антимонопольного законодательства.

В 2018 г. суд первой инстанции (Patent and Market Court) вынес решение, которым признал действия владельца цифровой платформы Booking.com нарушающими положения ст. 101 Договора о функционировании ЕС¹⁴. Суд первой инстанции пришел к выводу, что «узкое» условие о паритете цен приводит к ограничению конкуренции на следующих товарных рынках:

- рынок предоставления услуг туристическими онлайн-агентствами в Швеции (the market for the provision of online travel agency services);
- рынок комнат средств размещения в Швеции (market for hotel rooms in Sweden).

Суд отметил, что «узкое» условие о паритете цен создает препятствия для средств размещения устанавливать на своем сайте и на платформах — конкурентах Booking.com цены ниже, чем на Booking.com. Иными словами, решение суда первой инстанции крайне схоже с решением Антимонопольного регулятора ФРГ по аналогичному делу.

В 2019 г. Апелляционный суд Швеции отменил решение суда первой инстанции по делу Booking.com. Суд пришел к выводу, что сама по себе «узкая» оговорка о паритете цен не приводит к ограничению конкуренции.

Также оговорка о паритете цен компании была признана антиконкурентной антимонопольным регулятором в Турции [6].

3.2. Иные примеры использования паритета цен владельцами цифровых платформ

Надо сказать, что условие о паритете цен используют не только владельцы цифровых платформ по онлайн-бронированию средств размещения, но и другие хозяйствующие субъекты. Так, например, компания Амазон¹⁵ использовала оговорку о паритете цен в соглашениях с поставщиками электронных книг на территории Европейской экономической зоны. Указанная оговорка обязывала поставщиков электронных книг предлагать свой товар на платформе Амазон по наилучшей цене по сравнению с ценами на других платформах.

Данные действия, по мнению Еврокомиссии, приводили к ограничению конкуренции между платформами по продаже электронных книг в связи со следующим:

- во-первых, несмотря на размер комиссии, которую предлагали владельцы конкурирующих платформ, продавцы все равно были обязаны предоставлять на платформе Амазон свой товар по наилучшей цене. Таким образом, конкуренты Амазон не могли конку-

рировать с компанией, предлагая поставщикам меньший размер комиссии с каждой проданной книги, чем комиссия Амазон;

- во-вторых, по мнению Еврокомиссии, на территории Европейской экономической зоны доля компании Амазон на рынке электронных книг на английском языке составляет более 80%.

Таким образом, комиссия склонялась к позиции, что компания Амазон злоупотребляла своим доминирующим положением на товарном рынке путем навязывания поставщикам электронных книг невыгодного условия, чем ограничивала конкуренцию на товарном рынке.

Компания Амазон понимала, к какому выводу склоняется Комиссия. Чтобы не допустить вынесения решения по делу, которым будет установлен факт злоупотребления доминирующим положением, и, как следствие, избежать предъявления в будущем исков об убытках со стороны своих контрагентов, она предложила Еврокомиссии принять на себя обязательство отказаться от использования оговорки о паритете цен на рынке электронных книг на территории Европейской экономической зоны.

В США в 2019 г. компания Амазон также отказалась от использования условия о паритете цен под воздействием политического давления.

4. Вертикальное ограничение или доминирующее положение. Вопрос о юридической квалификации совершенного правонарушения

С одной стороны, условие о паритете цен является вертикальным ограничением, которое приводит к тому, что хозяйствующий субъект лишается возможности свободно устанавливать цены на оказываемые им услуги.

С другой стороны, владелец цифровой платформы может занимать доминирующее положение на товарном рынке. При этом условие о паритете цен является обязательным для средства размещения, если оно имеет намерение предлагать свои услуги на платформе. Вследствие неравного характера переговорных возможностей средство размещения не может отказаться или скорректировать условие о паритете цен. Как следствие, с правовой точки зрения условие о паритете цен является навязанным условием договора (ст. 428 Гражданского кодекса Российской Федерации, Договор присоединения)¹⁶.

В то же время на примере дела Booking.com видно, что условие о паритете цен создает барьеры входа на товарный рынок услуг агрегаторов информации о средствах размещения и фактически лишает новых игроков возможности конкурировать с Booking.com в части цены

¹⁴ Договор о функционировании Европейского Союза [рус., англ.] (вместе со «Списком, предусмотренным в ст. 38...», «Заморскими странами и территориями, к которым применяются положения части четвертой Договора...») (подписан в г. Риме 25.03.1957) (с изм. и доп. от 13.12.2007). URL: <http://eur-lex.europa.eu/>

¹⁵ CASE AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon).

¹⁶ Гражданский кодекс РФ, ст. 428 «Договор присоединения».

и количества номеров, приводит к отсутствию свободного ценообразования на различных каналах продаж их гостиничных услуг.

В решении по делу ФАС России указала, что действия Компании приводят к навязыванию средствам размещения невыгодных условий договора и приводят (могут приводить) к ущемлению их интересов в сфере предпринимательской деятельности, так как средства размещения обязаны предоставлять паритет и следить за тем, чтобы во всех каналах распространения информации о средствах размещения соблюдался паритет цен, наличия номеров и условий, что может быть затруднительно для средств размещения, а в каких-то случаях и невозможно. Российский антимонопольный регулятор пришел к выводу, что в действиях владельца цифровой платформы Booking.com содержатся признаки нарушения п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Соответственно, правоприменители в России исходят из того, что если хозяйствующий субъект, который занимает доминирующее положение на товарном рынке, заключает вертикальное соглашение, которое приводит к ограничению конкуренции на указанном рынке, то данные действия квалифицируются именно как нарушение запрета на злоупотребление доминирующим положением.

Однако данный подход к правовой квалификации действий владельца цифровой платформы нельзя назвать единообразным среди прочих антимонопольных регуляторов.

В странах Европейского союза в отношении компании Booking.com также состоялись антимонопольные расследования, и были вынесены решения по факту нарушения норм законодательства о защите конкуренции [7]. В свою очередь европейские антимонопольные регуляторы и суды пошли не по пути квалификации действий хозяйствующего субъекта как злоупотребления доминирующим положением, а по пути правовой квалификации в качестве нарушения юридического запрета на заключение запрещенного вертикального соглашения.

В частности, антимонопольный регулятор Чехии признал владельца цифровой платформы Booking.com виновным в нарушении антимонопольных запретов в части вертикальных соглашений и наложил штраф¹⁷. Данное решение антимонопольного регулятора Чехии устояло после процедуры административной апелляции¹⁸.

Антимонопольный регулятор Чехии пришел к выводу, что условие договора о паритете цен, которое компания Booking.com включает в соглашения со своими контрагентами, приводит к:

- ограничению конкуренции между владельцами цифровых платформ по онлайн-бронированию средств размещения;
- созданию барьеров входа на рынок для новых хозяйствующих субъектов — владельцев цифровых платформ по онлайн-бронированию средств размещения.

С точки зрения применения российского антимонопольного законодательства юридическая квалификация действий в качестве нарушения запрета на злоупотребление доминирующим положением является менее предпочтительной для хозяйствующего субъекта, поскольку существенным образом ограничивается возможность ссылаться на правило разумного подхода (rule of reason).

Известно, что хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение, обладают правом ссылаться на норму о допустимости собственных действий, выпадающих под запрет злоупотребления доминирующим положением. Основания для признания таких действий допустимыми предусмотрены ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции¹⁹.

Доктрина разумного подхода также получила развитие и в постановлении Пленума Верховного Суда РФ, который указал, что хозяйствующий субъект вправе доказывать, что его поведение не образует злоупотребления доминирующим положением в соответствующей форме, поскольку неспособно привести к наступлению неблагоприятных последствий для конкуренции на рынке и (или) имеет разумное оправдание (п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2²⁰). Иными словами, речь идет о том, что деяния хозяйствующего субъекта, которые содержат признаки злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке, являются наказуемыми лишь в ситуации, когда доказано, что указанные деяния приводят или могут привести к негативным последствиям для конкуренции и не имеют разумного оправдания.

Более того, Верховный Суд России в названном постановлении также указал: «Если доминирующему на рынке субъекту вменяется злоупотребление, направленное на причинение вреда или иное ущемление прав других участников рынка, то указанный субъект вправе доказывать, что его поведение экономически выгодно для контрагентов в результате взаимодействия с ним».

¹⁷ Czech Competition Authority fines Booking.com // <http://antitrust-alliance.org/czech-competition-authority-fines-booking-com/> (Дата обращения: 15.03.2022).

¹⁸ The Chairman of the Office confirmed fine imposed on Booking.com for prohibited vertical agreements preventing competition // <https://www.uohs.cz/en/competition/news-competition/2691-the-chairman-of-the-office-confirmed-fine-imposed-on-bookingcom-for-prohibited-vertical-agreements-preventing-competition.html> (Дата обращения: 15.03.2022).

¹⁹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

²⁰ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2021. № 5.

Однако гипотеза указанной нормы Закона о защите конкуренции прямо указывает перечень юридических деяний, на которые распространяется норма права. Иными словами, в силу прямого указания Закона о защите конкуренции право хозяйствующего субъекта обосновывать допустимость своих действий (бездействия) существенным образом ограничено применительно к ряду юридических составов злоупотребления доминирующим положением.

В то же время ряд исследователей отмечает, что доминирующие хозяйствующие субъекты должны иметь правовую возможность доказывать наличие условий допустимости по всем видам юридических составов злоупотребления доминирующим положением, для чего необходимо внести изменения в ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции [8].

В свою очередь, хозяйствующий субъект, которому вменяют факт совершения антиконкурентного соглашения, также вправе ссылаться на факт допустимости данных соглашений. При этом ст. 13 Закона о защите конкуренции не содержит ограничений и может применяться к любым вертикальным соглашениям.

Важно заметить: в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 указано, что к соглашению, навязанному лицом, доминирующим на рынке, применяется положение ст. 10 Закона о защите конкуренции (п. 26). Таким образом, российский правоприменитель исходит из парадигмы того, что если ограничивающее конкуренцию условие вертикального соглашения было навязано хозяйствующим субъектом, который занимает доминирующее положение на товарном рынке, то указанные действия необходимо квалифицировать именно как злоупотребление доминирующим положением, а не как заключение запрещенного вертикального соглашения.

Таким образом, с точки зрения российского законодательства квалификация деяний владельца цифровой платформы в качестве нарушения запрета на ограничивающее конкуренцию вертикальное соглашение или запрета на злоупотребление доминирующим положением имеет ключевое значение для возможности использования правила разумного подхода.

Закключение

Важно обратить внимание: когда ФАС России в 2019 г. выдавала владельцу цифровой платформы предупреждение, оно содержало лишь требование об исключении из договоров со средствами размещения «узкого» условия о паритете цен. Однако в ходе рассмотрения дела ФАС России пришла к выводу, что следует выдать Компании второе предупреждение.

В сентябре 2020 г. ФАС России выдала Компании второе предупреждение, обязывающее ее исключить из договоров со средствами размещения оговорку о паритете

цен в части необходимости обязательного предоставления и соблюдения паритета цен и наличия номеров во всех каналах оказания гостиничных услуг. Иными словами, ФАС России потребовала также исключить и «узкое» условие о паритете цен и номеров из типовых договоров с владельцами средств размещения.

Кроме того, предписание ФАС России по указанному делу в части обязанности внести изменения в типовые формы договоров, которые используются хозяйствующим субъектом — владельцем цифровой платформы при осуществлении хозяйственной деятельности, является скорее исключением, чем общим правилом. Ранее антимонопольный регулятор подобных требований в предписаниях не вносил. Стоит отметить, что вынесение подобных предписаний отвечает современным вызовам, с которыми сталкиваются антимонопольные регуляторы при осуществлении контроля на товарных рынках, участниками которых выступают владельцы цифровых платформ.

Арбитражный суд г. Москвы²¹ отказал в признании решения и предписания ФАС России незаконными, указав на отсутствие предусмотренных в АПК РФ оснований, а именно: несоответствие решения и предписания закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской или иной экономической деятельности. Решение Арбитражного суда г. Москвы было оставлено в силе постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда²².

Таким образом, антимонопольные органы и суды различных право порядков сходятся во мнении, что использование хозяйствующим субъектом — владельцем цифровой платформы как «узкого», так и «широкого» условий о паритете цен признается нарушением законодательства о защите конкуренции. При этом в различных право порядках отличаются правовые подходы к квалификации действий владельца цифровой платформы по использованию условий о паритете цен в ходе осуществления экономической деятельности. ■

Литература [References]

1. Mantovani Andrea & Piga Claudio & Reggiani Carlo. (2021). Online platform price parity clauses: Evidence from the EU Booking.com case. European Economic Review. 131. 103625. 10.1016/j.eurocorev.2020.103625.

²¹ https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1ed35e79-1aa7-45a9-934c-e41875c3e42d/b5fec426-9eb9-44bd-9f1e-078aad99ad3b/A40-19473-2021_20210906_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (Дата обращения: 15.03.2022).

²² https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1ed35e79-1aa7-45a9-934c-e41875c3e42d/4f5322ad-4acf-444d-a45d-e30a867b99d4/A40-19473-2021_20211117_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True (Дата обращения: 15.03.2022).

2. Chiara Caccinelli & Joëlle Toledano, 2018. "Assessing Anticompetitive Practices In Two-Sided Markets: The Booking.Com Cases", *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford University Press, vol. 14(2), pages 193—234.
3. Башлаков-Николаев И. В. О проблемах применения повода к возбуждению дел об административных правонарушениях по статьям 14.9, 14.31–14.33 КоАП России // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2016. № 1. С. 48—50. [Bashlakov-Nikolaev I. N. On difficult issues in applying grounds for initiating prosecution for administrative offences under articles 14-9, 14-31-14-33 of the administrative offences code of the Russian Federation // *Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice*. 2016;(1):48-50, (In Russ.)]
4. Mackenrodt M.O. Price and Condition Parity Clauses in Contracts Between Hotel Booking Platforms and Hotels. *IIC* 50, 1131–1143 (2019). <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00886-x>
5. Kathuria Vikas & Mackenrodt Mark-Oliver. (2021). The case against "Narrow" price parity clauses. *Computer Law & Security Review*. 41. 105574. 10.1016/j.clsr.2021.105574.
6. Ebru Tekin Bilbil (2019). Platform coopetition in the tourism industry: conflicts and tensions caused by the closure of Booking.com in Turkey, *Current Issues in Tourism*, 22:13, 1617—1637, DOI: 10.1080/13683500.2018.1461199
7. Wals Francisca & Schinkel Maarten. (2018). Platform Monopolization by Narrow-PPC-BPG Combination: Booking et al. *International Journal of Industrial Organization*. 61. 10.1016/j.ijindorg.2018.03.006.
8. Хохлов Е. С. Права хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение // *Конкурентное право*. 2017. № 2. С. 33—36. [Khokhlov E. S. Rights of commercial entities holding a dominant position // *Competition Law*. 2017;(2):33-36, (In Russ.)]

Сведения об авторе

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

Статья поступила в редакцию: 04.04.2022
Одобрена после рецензирования: 05.05.2022
Принята к публикации: 06.05.2022
Дата публикации: 29.06.2022

The article was submitted: 04.04.2022
Approved after reviewing: 05.05.2022
Accepted for publication: 06.05.2022
Date of publication: 29.06.2022