УДК: 341; 346
Научная специальность: 5.1.3
https://doi.org/10.47361/2542-0259-2023-4-36-32-43

Подходы к антимонопольному регулированию предпринимательской деятельности владельцев цифровых платформ (на примере расследований в отношении компании Amazon)

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право и экономика, 2023

Маслов А.О.,
Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Аннотация

Антимонопольные регуляторы многих юрисдикций предпринимают попытки выработать подходы к антимонопольному анализу экономической деятельности компаний, которые владеют цифровыми платформами. Однако не всегда указанные подходы оказываются эффективными и приводят к позитивным эффектам для развития конкуренции на соответствующем товарном рынке.

В статье проводится комплексный анализ правовых позиций антимонопольных регуляторов ряда юрисдикций в отношении компании, владеющей цифровой платформой транзакционного типа Amazon, по факту злоупотребления доминирующим положением, а также заключения антиконкурентных соглашений.

Анализируются применяемые в ходе рассмотрения антимонопольных дел инструменты для определения продуктовых и географических границ товарного рынка, на котором действует владелец цифровой платформы транзакционного типа. Также рассматриваются подходы антимонопольных регуляторов к определению рыночной власти хозяйствующего субъекта — владельца цифровой платформы.

Устанавливается, что в качестве основного критерия рыночной власти по-прежнему остается количественный показатель — размер рыночной доли.

Рассматриваются правовые подходы к квалификации конкретных действий хозяйствующего субъекта — владельца цифровой платформы на товарном рынке с точки зрения норм антимонопольного законодательства. Равным образом в представленной статье оценивается эффективность принятых мер антимонопольного реагирования в отношения антиконкурентного поведения владельца цифровой платформы в разных юрисдикциях.

Ключевые слова: цифровые платформы; рыночная власть; доминирующее положение; границы товарного рынка; экосистемы; транзакционные платформы; цифровая экономика; антимонопольная политика.

Для цитирования: Маслов А. О. Подходы к антимонопольному регулированию предпринимательской деятельности владельцев цифровых платформ (на примере расследований в отношении компании Amazon) // Российское конкурентное право и экономика. 2023. № 4 (36). С. 32—43, https://doi.org/10.47361/2542-0259-2023-4-36-32-43

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

Approaches to Antitrust Regulation of Entrepreneurial Activities of Digital Platform Owners (Using the Example of Investigations Against Amazon)

Anton O. Maslov,
Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
National Research University "Higher School of Economics",
Sadovaya-Kudrunskaya str., 9,
Moscow, 125993, Russia

Abstract

Competition authorities around many jurisdictions are taking steps to develop legal approaches to antitrust analysis of economic activities of digital platforms owners. However, when applying these approaches the particular impact is not always effective and leads to positive effects for the competition law enforcement on the relevant commodity markets.

The article provides a comprehensive analysis of legal framework of antitrust regulators in some jurisdictions during investigations against transaction digital platform owner called Amazon based on abuse of a dominant position on the relevant commodity markets, as well as the conclusion of anticompetitive agreements.

Legal approaches in competition law enforcement for determining market power and product and geographic boundaries of the commodity market where the owner of the digital transaction platform operates are also explored.

The article states that the main criteria of the market power of digital transaction platform owner is still a volume of market share.

The Article deals with issue of legal interpretation of digital platform owner particular actions on product market from competition law points of view and at the same time evaluates the effectiveness level of remedies have been taken by competition authorities in some jurisdictions.

Keywords: digital platforms; market power; dominant position; product market boundaries; ecosystems; transactional platforms; digital economy; antitrust policy.

For citation: Maslov A.O. Approaches to antitrust regulation of entrepreneurial activities of digital platform owners (using the example of investigations against Amazon) // Russian Competition Law and Economy. 2023;(4(36)):32-43, (In Russ.), https://doi.org/10.47361/2542-0259-2023-4-36-32-43

The author declare no conflict of interest.

Введение

В июле 2019 г. конкурентное ведомство Европейского союза (далее по тексту также — ЕК, Еврокомиссия) инициировало антимонопольное расследование в отношении владельца цифровой платформы Amazon (далее по тексту также — Компания, Amazon). Основанием для начала расследования послужил факт использования компанией Amazon информации об экономической деятельности сторонних продавцов на платформе Amazon в целях продвижения собственных товаров.

В ноябре 2020 г. Еврокомиссия также начала второе расследование в отношении Amazon по факту использования на платформе алгоритмов. При помощи алгоритмов Компания оказывала преференции товарам, которые реализовывала сама, а также сторонние продавцы, которые приобретают услуги по доставке и логистике от Amazon. Преференции оказывались по отношению к сторонним продавцам, которые не пользуются услугами по доставке и логистике от Компании.

Отметим, что ситуация по оказанию собственным товарам предпочтения, в том числе при поисковой выдаче, является распространенной практикой среди владельцев цифровых платформ как транзакционного, так и нетранзакционного типа.

В качестве примера можно привести приказ ФАС России от 13.04.2021 № 339/21 о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении компании Яндекс, которая использовала так называемый инструмент «колдунщики» для продвижения своих товаров на смежных (по отношению к товарному рынку, на котором компания занимает доминирующее положение) товарных рынках[1].

Компания Amazon также использовала алгоритмы, чтобы выявлять и самостоятельно реализовывать товары, которые имеют высокий процент продаж у других хозяйствующих субъектов-продавцов на платформе. Как следствие, компания Amazon получала конкурентные преимущества, поскольку не несла предпринимательские риски в виде того, что тот или иной товар, предлагаемый к продаже, не пользуется спросом у соответствующей категории потребителей, а сразу выходила на рынок с товаром, который имеет значительные показатели продаж у сторонних продавцов.

Равным образом не новой также является практика использования больших данных для получения конкурентных преимуществ. Достаточно вспомнить решение антимонопольного регулятора ФРГ по делу в отношении компании, владеющей цифровой платформой[2] (Facebook[3]). В указанном деле конкурентное ведомство пришло к выводу, что хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение на национальном рынке социальных сетей и злоупотребляет своим доминирующим положением путем сбора данных пользователей платформы.

По результатам процедуры судебного обжалования Верховный суд ФРГ оставил в силе решение антимонопольного органа Германии, согласившись с тем, что хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение на рынке социальных сетей. Однако негативные последствия от доминирующего положения и действий по злоупотреблению им наступают на ином товарном рынке (смежном), а именно на рынке рекламы, т.к. пользовательские данные, которые собирает владелец цифровой платформы, предоставляют последнему существенные конкурентные преимущества [1, 2]

Важно заметить, указанное дело породило ряд дискуссий [3] в юридическом научном сообществе на предмет того, допустимо ли применять нормы антимонопольного законодательства к отношениям, которые складываются в сфере сбора, анализа и защиты персональных данных участников гражданского оборота, которые пользуются услугами владельца цифровой платформы.

Данное дело является одним из первых дел, в котором антимонопольный регулятор признал антиконкурентными действия владельца цифровой платформы по сбору и анализу пользовательских данных. При этом при рассмотрении дела было указано, что сам по себе сбор владельцем цифровой платформы пользовательских данных не приводит к нарушению антимонопольного законодательства, за исключением ситуации, когда такие данные собираются компанией, которая занимает на соответствующем товарном рынке доминирующее положение.

В то же время в правоприменительной практике известны случаи, когда конкурентное ведомство Италии вынесло решение о наложении административного штрафа в отношении владельца одноименной цифровой платформы за нарушение законодательства о защите

---

[1] Электронный ресурс URL: https://br.fas.gov.ru (Дата обращения: 01.06.2023).

[2] Электронный ресурс: URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html (Дата обращения: 01.06.2023).

[3] Решением Тверского районного суда г. Москвы от 21.03.2022 по делу № 02-2473/2022 (вступило в законную силу 20.06.2022) Транснациональная холдинговая компания Meta Platforms Inc., которая владеет цифровыми платформами Instagram, Facebook и др., признана на территории Российской Федерации экстремистской организацией.

персональных данных[4]. Однако указанные действия владельца цифровой платформы не рассматривались через призму нарушения антимонопольного законодательства.

Важно учитывать, что в связи с тем, что владелец платформы добровольно обременил себя обязательствами, которые направлены на развитие конкуренции, все выводы ЕК относительно размера рыночной доли, наличия доминирующего положения, последствий от тех или иных деяний владельца цифровой платформы носят предварительный характер и не были установлены юридически обязательным решением антимонопольного регулятора ЕС.

Однако фактические обстоятельства дела были явным образом установлены ЕК, что дает возможность соотнести указанные фактические обстоятельства с пониманием того, как функционирует конкурентное право и действуют антимонопольные запреты на монополистическую деятельность.

Для целей определения правовой подоплеки анализируемого дела необходимо лаконично погрузить читателя в фактические обстоятельства дела, чтобы наглядно показать, какие же именно вопросы возникли у ЕК в ходе анализа модели экономической деятельности владельца транзакционной цифровой платформы на предмет соответствия нормам антимонопольного законодательства.

1. Фактические обстоятельства дела

Компания Amazon владеет одноименной транзакционной цифровой платформой, посредством которой различные участники гражданского оборота осуществляют реализацию и приобретение товаров. Компания также реализует на цифровой платформе товары собственного производства и товары, приобретенные у третьих лиц. Как следствие, с одной стороны, Компания является оператором цифровой платформы, обеспечивая ее функционирование. С другой стороны, Компания наравне с иными хозяйствующими субъектами осуществляет предпринимательскую деятельность путем предложения к продаже различных товаров на цифровой платформе.

По сути, возникал конфликт интересов между деятельностью Компании как владельца (оператора) цифровой платформы и как продавца на платформе. Указанный конфликт интересов, по мнению ФТК и антимонопольного подразделения Минюста США, является одной из ключевых характеристик цифровых платформ, которая оказывает влияние на уровень развития конкуренции на соответствующем товарном рынке[5].

Компания получает прибыль от следующей экономической деятельности: от реализации товаров на платформе, а также от оказания платных услуг сторонним продавцам. При этом ряд услуг Компания оказывает всем сторонним продавцам: услуги по доступу к платформе и платежные инструменты. Также есть дополнительные платные услуги: логистические, рекламные, по хранению товаров, по взаимодействию с покупателями. Таким образом, существует две категории сторонних продавцов:

- которые собственным иждивением организуют хранение и доставку своего товара конечным покупателям;
- которые воспользовались услугами Компании по хранению, упаковке и доставке товаров конечным покупателям.

Ко второй категории также относится сама компания Amazon. Все указанные категории участников платформы конкурируют друг с другом.

Кроме продавцов Компания также оказывает услуги пользователям-покупателям. В частности, Компания предоставляет на возмездной основе услугу под названием Amazon Prime, в содержание которой входят: возможность более быстрой доставки, доступ к сторонним сервисам Компании с музыкальными и аудиовизуальными произведениями.

2. Антиконкурентное поведение

2.1. Buy Box. Оказание предпочтения (дискриминационные условия)

Транзакционная платформа Amazon функционирует по принципу каталога. У каждого товара есть карточка с описанием и фотографией. Карточку товара заводит продавец, который первым на платформе предлагает его к продаже. Продавцы, которые хотят в дальнейшем продавать аналогичный товар, не могут создать такую же карточку, они присоединяются к уже существующей.

Потребители могут найти товар конкретного продавца также по прямой ссылке (при ее наличии), однако процент продаж на платформе по прямым ссылкам не превышает 10%, что является незначительным. Таким образом, по общему правилу, когда потребитель открывает карточку товара, ему предлагаются различные варианты от разных продавцов, у которых могут отличаться цены и условия доставки. В этом ключевое отличие Amazon от платформ, на которых каждый продавец создает

[4] AGCM, Bolletino 46/2018 of 10 December 2018, p. 22ff. [Электронный ресурс] // URL: http://www.agcm.it/pubblicazioni/bollettino-settimanale/2018/46/Bollettino-46-2018 (Дата обращения: 01.07.2023).

[5] Merger Guidelines. July of 2023. Draft for for public comments // https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p859910draftmergerguidelines2023.pdf (Дата обращения: 01.08.2023).

отдельную карточку с описанием на каждый товар. Например, eBay или российская транзакционная цифровая платформа Wildberries.

Теперь рассмотрим, что из себя представляет Buy Box, — окошко в карточке товара, которое позволяет добавить товар в корзину и продолжить покупки или сразу купить товар. Если у товара один продавец, то именно его товар сможет купить покупатель через Buy Box. Если у товара несколько продавцов, то кто из его продавцов попадет в Buy Box, зависит исключительно от алгоритмов платформы.

Однако алгоритмы платформы были настроены следующим образом. Товары Компании и товары продавцов, которые пользуются услугами по доставке товаров от Amazon, попадают автоматически в Buy Box. В свою очередь, для продавцов — третьих лиц, осуществляющих логистику товаров своими собственными силами, чтобы попасть в Buy Box, нужно соответствовать определенным условиям, которые не являются прозрачными.

Еврокомиссия установила, что более 80% продаж на платформе осуществляется через Buy Box. Покупатели, когда видят возможность добавить товар в корзину / купить сразу, практически никогда не открывают предложения других продавцов, а пользуются выбором алгоритмов Amazon, которые добавили товар определенного продавца в Buy Box. По этой причине для продавцов становится архиважным с экономической точки зрения появиться в Buy Box. В противном случае у такого продавца не будет продаж на платформе.

Еврокомиссия пришла к предварительному выводу, что механизм работы алгоритмов платформы приводит к необоснованному дискриминированию участников платформы.

2.2. Использование пользовательских данных с целью ограничения конкуренции

Комиссия пришла к предварительному выводу относительно того, что Компания собирает информацию о коммерческой деятельности продавцов на платформе для целей продвижения своих собственных товаров. Указанное поведение предоставляет Компании ничем не обоснованное преимущество и является формой злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке.

Благодаря указанной информации Компания понимает, на какой товар имеется спрос, и начинает реализовывать такой же товар, не неся при этом расходов и предпринимательских рисков, связанных с тем, что предлагаемый к продаже товар не будет пользоваться потребительским спросом. При этом Компания использовала указанные большие данные для целей установления ценообразования на реализуемые ей товары.

Используемая информация является непубличной — продавцы не могут видеть сведения об уровне продаж друг друга. Более того, Компания предлагает продавцам (своим потенциальным конкурентам), товар которых хорошо продается, стать поставщиками компании Amazon, то есть отказаться от прямых продаж на платформе. Иными словами, Компания вступает в сговор со своими потенциальными конкурентами с целью сокращения числа продавцов на цифровой платформе.

Комиссия также отметила, что Компания получает доступ к указанной информации в режиме реального времени. У каждого сотрудника Компании есть прямой доступ к такой информации. Иными словами, сразу после того, как продавцы — третьи лица совершили то или иное действие (изменили цену, ассортимент и так далее), это становится известно владельцу платформы. Такой немедленный доступ усугубляет негативный эффект от использования информации в целях получения конкурентных преимуществ.

3. Товарный рынок

Еврокомиссия предварительно определила товарный рынок как рынок услуг, которые оказывает владелец цифровой платформы (маркетплейса) для продавцов (ретейлеров) в виде предоставления права реализовывать свои товары через платформы на территории определенных государств — членов ЕС. При этом ЕС ограничила географические границы рынка территорией следующих стран: Германия, Франция, Испания.

3.1. Границы товарного рынка

Можно прийти к выводу, что европейский антимонопольный регулятор придерживается узкого подхода к определению границ товарного рынка, на котором действует владелец цифровых платформ.

3.1.1. Продуктовые границы

Первое. ЕК предварительно определила самостоятельный товарный рынок для покупателей и продавцов, отметив, что указанные группы потребителей имеют дифференцированный спрос на услуги владельца платформы. При этом каждой группе потребителей предлагается разный набор услуг по разной цене. Иными словами, для целей расследований ЕК остановила свое внимание с точки зрения продуктовых границ на услугах, которые Компания оказывает продавцам.

По указанной причине ЕК оставила открытым вопрос о том, являются ли онлайн- и офлайн-каналы взаимозаменяемыми для покупателей. Тем не менее при вынесении итогового решения и оценке действий Компании

на товарном рынке ЕК также учитывала тот факт, что достаточно существенное количество пользователей-покупателей используют транзакционную цифровую платформу Компании для приобретения товаров. Равным образом ЕК оценивала возможность переключений покупателей на иные каналы продаж, а также оценивала количество пользователей-покупателей, которые пользуются услугами в рамках пакета Prime.

Второе. ЕК сделала вывод о том, что продавцы поразному воспринимают онлайн- и офлайн-каналы продаж, а также продажи на собственном вебсайте и на маркетплейсе. То есть указанные каналы продаж составляют разные товарные рынки.

Проведенный в ноябре 2018 г. опрос поставщиков из Франции и Германии позволил Комиссии сделать вывод, что для продавцов онлайн- и офлайн-каналы продаж являются невзаимозаменяемыми в силу ряда особенностей: разное количество потенциальных покупателей, разные издержки, дифференцированный срок окупаемости и иные параметры.

3.1.2. Географические границы

Третье. ЕК проанализировала экономическую деятельность Компании и других игроков на товарном рынке и пришла к выводу, что владельцы цифровых платформ адаптируют свой сайт с точки зрения языкового интерфейса (регистрируют их в национальной доменной зоне), и адаптируют предложение под запрос покупателей, осуществляют рекламу среди покупателей, которые относятся к определенной языковой группе. Это позволило сделать вывод о том, что географические границы товарного рынка имеют национальный характер. Таким образом, ЕК использовала лингвистический аспект при определении географических границ товарного рынка.

Рассматривая действия Компании по использованию данных пользователей (сторонних продавцов), ЕК ограничила географические границы территорией Германии и Франции, а при анализе дискриминационной практики использования алгоритмов для целей попадания в Buy Box — территорией Германии, Франции, Испании.

Использование ЕК узкого подхода к определению границ товарного рынка является обоснованным. Узкий подход к определению границ товарных рынков, участниками которых выступают хозяйствующие субъекты — владельцы цифровых платформ, позволяет оценить негативные последствия в целом для конкуренции и в частности для конкретной категории потребителей в результате тех или иных действий владельца платформы, которые потенциально могут содержать в себе признаки злоупотребления доминирующим положением или нарушение запрета на ограничивающие конкуренцию соглашения (как правило, вертикальные соглашения). При этом использование узкого подхода позволяет нивелировать доводы владельца цифровой платформы, который апеллирует к тому, что другая категория потребителей получает ряд преимуществ[6].

В Италии антимонопольный регулятор при рассмотрении схожего дела в отношении владельца одноименной платформы по факту злоупотребления доминирующим положением путем оказания преимущества собственным товарам (услугам) определил товарный рынок (рынок услуг информационного взаимодействия на маркетплейсах) также с использованием узкого подхода, а именно — исключил из его продуктовых границ офлайн-каналы продаж, а также продажи посредством вебсайтов продавцов, а географические границы ограничил территорией Италии[7].

Интересно отметить, что антимонопольное расследование в отношении Компании в Италии началось ранее расследования ЕК. При этом в конкурентном праве ЕС запрещены параллельные расследования на уровне ЕК и национальных антимонопольных регуляторов[8]. Именно по этой причине ЕК в рамках своих расследований исключила из анализа территорию Италии, оставив квалификацию действий Компании на усмотрение итальянского антимонопольного ведомства [4]. Итальянское ведомство сосредоточились на географических границах Италии, а ЕК — Испании, Франции, Германии.

Компания пыталась обжаловать действия ЕК в Европейский суд общей юрисдикции (General Court) в части определения географических границ, однако указанный процесс не закончился вынесением положительного для владельца платформы решения[9].

4. Доминирующее положение

Важно понимать, что Компания как владелец транзакционной цифровой платформы оказывает услуги и реализует товары различным категориям участников гражданского оборота. По указанной причине Компания действует на многих товарных рынках и может не иметь доминирующего положения на каждом из них. В то же время, имея доминирующее положение

---

6 Ohio et al. v. American Express co. et al. (2018), Opinion of the Court. P. 2. [Электронный ресурс]. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf (Дата обращения: 01.08.2023).

7 https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fc24adf9-7b4a-4244-b987-291e2e6fcab9 (Дата обращения: 14.08.2023).

8 Article 11(6) of Regulation 1/2003.

9 Amazon's appeal under Article 56 of the Statute of the Court of Justice, brought on 21 December 2021, Case C-815/21 P.

на одном товарном рынке, Компания может проецировать свою рыночную власть на иные товарные рынки, в том числе смежные.

В ходе рассмотрения дела ЕК установила, что Компания занимает доминирующее положение на товарном рынке предоставления услуг маркетплейсов хозяйствующим субъектам-продавцам, географические границы которого охватывают территорию Германии, Франции и Испании.

4.1. Рыночная доля и рыночная власть. Механизмы определения доминирующего положения

Анализ решения ЕК позволяет сделать вывод, что при определении доминирующего положения владельца транзакционной цифровой платформы европейский антимонопольный регулятор преимущественно ориентировался на классический критерий рыночной власти — размер рыночной доли.

ЕК пришла к выводу, что на период 2019 г. доля Компании на рынке услуг маркетплейсов для продавцов в Германии, Франции, Испании превышала 60%. При этом ЕК не смогла установить хозяйствующих субъектов — конкурентов Компании в пределах указанных географических границ. Но ЕК весьма интересным образом подошла к определению доли Компании на рынке для покупателей. Комиссия не стала исследовать вопрос о взаимозаменяемости онлайн- и офлайн-покупок для покупателей, но отметила, что в Германии и Франции от 80 до 90% потребителей, которые осуществляют приобретение товаров и услуг онлайн, являются пользователями Amazon. В Испании указанный процент немногим меньше и составляет 70—80%.

Кроме того, у Компании сложился узнаваемый бренд, и появилась высокая лояльность пользователей, с которой затруднительно конкурировать действующим и потенциальным участникам рынка.

Также в качестве индикатора рыночной власти ЕК рассматривала косвенный сетевой эффект на товарном рынке (для продавцов), который приводит к высоким барьерам входа.

Кроме того, на рыночную власть указывало следующее обстоятельство. Риск переключения покупателей на альтернативные каналы покупок в результате ухода с платформы каких-то продавцов или если последние повышают цены на свои товары — весьма незначительный по причине того, что на платформе предлагается к продаже большое количество разнообразных товаров. Равным образом существование подписки (Amazon Prime) лишь стимулирует покупателей совершать большее количество покупок через платформу. При этом количество подписчиков Amazon Prime постоянно увеличивается.

Указанные факты позволили ЕК сделать вывод, что Компания занимает доминирующее положение на рынке услуг, которые оказывает владелец цифровой платформы (маркетплейса) для продавцов (ретейлеров) в виде предоставления права реализовывать свои товары через платформы на территории Германии и Франции с 1 января 2017 г., а в Испании с 1 января 2016 г.

5. Злоупотребление доминирующим положением

Как было указано выше, ЕК пришла к выводу, что у Компании есть доминирующее положение на рынке оказания услуг маркетплейсов продавцам. При этом действия по злоупотреблению указанным доминирующим положением в форме использования непубличных пользовательских данных приводят к негативным последствиям на иных товарных рынках, а именно на товарных рынках онлайн-торговли.

Кроме того, Компания осуществляет следующую стратегию. При помощи анализа непубличных данных отслеживает наиболее успешных по выручке продавцов и направляет им коммерческое предложение, суть которого заключается в том, что продавцам предлагается заключить с Компанией договор на поставку реализуемых товаров и отказаться от прямых продаж через платформу. Иными словами, Компания предлагает своим конкурентам покинуть розничный рынок и стать поставщиками Компании на оптовом рынке.

В отношении действий по использованию алгоритмов для целей попадания в Buy Box ЕК пришла к выводу, что они приводят к ограничению конкуренции на рынке онлайн-торговли на цифровой платформе Amazon, ущемляя интересы хозяйствующих субъектов-продавцов, которые не приобретают услуги Компании по доставке и логистике. При этом ЕК отметила, что указанные действия также негативным образом затрагивают права неопределенного круга потребителей, поскольку покупатели могут не увидеть наилучшее предложение.

К аналогичным выводам ЕК пришла при оценке действий Компании по настраиванию алгоритмов таким образом, что алгоритмы не показывают в поисковых запросах пользователей с подпиской Prime товары хозяйствующих субъектов-продавцов, которые не приобретают услуги Компании по доставке и логистике. Таким образом, Еврокомиссия усмотрела признаки злоупотребления доминирующим положением в следующих действиях владельца транзакционной цифровой платформы:

1) использование непубличных пользовательских данных для получения конкурентных преимуществ, в том числе для продвижения своих собственных товаров;

2) дискриминация продавцов, которые не приобретают логистические услуги и услуги по доставке от Компании, путем настраивания алгоритмов работы Buy Box;

3) дискриминация продавцов, которые не приобретают логистические услуги и услуги по доставке от Компании, путем настраивания алгоритмов работы поисковой выдачи пользователей с подпиской Prime.

Добровольные обязательства

Очевидно, Компания понимает, что занимает существенную долю на рынке в Германии, Франции и Испании и ее поведение по использованию пользовательских (непубличных) данных и дискриминационное отношение к разным продавцам может быть негативным образом оценено регулятором со всеми вытекающими юридическими последствиями: установление факта злоупотребления доминирующим положением, иски о взыскании убытков, репутационные потери.

Чтобы предотвратить указанные негативные последствия, Компания предлагает коммитментсы (добровольные обязательства, которые Компания принимает на себя для целей развития конкуренции), поскольку в случае одобрения коммитментсов регулятор окончит расследование без вынесения решения об установлении факта нарушения норм антимонопольного законодательства. Важно, принятые ЕК коммитментсы предполагают назначение независимого лица, monitoring trustee, которое будет контролировать, как Компания соблюдает предложенные коммитментсы в процессе своей экономической деятельности.

Исходя из специфики совершенных действий, Компания предложила ЕК обременить себя следующими добровольными обязательствами поведенческого характера:

а) не использовать непубличные данные, которые касаются экономической деятельности продавцов — третьих лиц на платформе, для целей продвижения и реализации товаров от собственного имени;

б) настроить алгоритмы таким образом, чтобы все товары любых продавцов — третьих лиц могли попадать в Buy Box. При этом если один и тот же товар продается несколькими продавцами, то предложения таких продавцов также должны появляться в Buy Box, чтобы покупатель смог выбрать наилучшее по цене и иным параметрам предложение;

в) настроить алгоритмы таким образом, чтобы все товары любых продавцов — третьих лиц могли попадать в поисковую выдачу при поисковом запросе пользователей с подпиской Prime.

Отметим, что в случае если Компания нарушит принятые обязательства, то ЕК получит право взыскать с Компании а) штраф, равный 10% от глобальной годовой выручки Компании или б) взыскать штраф, равный 5% от глобальной ежедневной выручки Компании за каждый день неисполнения принятых на себя обязательств. Иными словами, ЕК получит право требовать своего рода астрент.

Решение антимонопольного регулятора Италии

В ноябре 2021 г. итальянское антимонопольное ведомство также вынесло решение в отношении владельца цифровой платформы Amazon. Так, регулятор пришел к выводу, что действия Компании приводят к ограничению конкуренции на двух товарных рынках — рынке услуг по взаимодействию пользователей платформ электронной коммерции и рынке логистических услуг для электронной коммерции.

При этом в случае с рынком услуг по взаимодействию пользователей платформ электронной коммерции антимонопольный регулятор Италии учел узкий подход для определения продуктовых границ товарного рынка, на котором предпринимательскую деятельность осуществляет хозяйствующий субъект — владелец цифровой платформы. В результате регулятор определил границы рынка для каждой категории потребителей (продавцы и покупатели), которым Компания предоставляет возможность вступить в отношения по купле-продаже товаров [5].

В итоговом решении антимонопольный регулятор Италии оштрафовал Компанию на 1,2 млрд евро и обязал обеспечить недискриминационные условия пользования платформой для разных продавцов — третьих лиц независимо от того, приобретают ли они логистические и транспортные услуги Компании.

Расследование в Великобритании

В июле 2022 г. антимонопольный регулятор Великобритании (CMA) инициировал разбирательство в отношении компании Amazon по факту злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке оказания услуг по предоставлению продавцам доступа к цифровой платформе по продаже товаров.

Какая же именно модель экономической деятельности Компании на товарном рынке послужила поводом для инициирования антимонопольного расследования? Фабула антимонопольного расследования крайне схожа с фактическими обстоятельствами дела в отношении Компании, которое рассмотрела ЕК:

1. Компания использовала данные о продажах сторонних продавцов для продвижения собственных товаров.

2. Компания дискриминировала продавцов на платформе, а именно настраивала алгоритмы, которые определяли, чей товар сможет купить пользователь

(появится возможность добавить товар в корзину или осуществить мгновенную покупку) в зависимости от того, пользуется ли продавец услугами по логистике и доставке товаров Amazon или логистика и доставка товаров находятся на иждивении самого продавца.

3. Компания дискриминировала продавцов на платформе, а именно ставила в зависимость возможность продавцов определять условия, на которых осуществляется доставка для пользователей подписки Prime, от того, пользуются ли продавцы услугами доставки от Amazon и Королевской почты или осуществляют доставку иным способом.

В июле 2023 г. Компания предложила CMA коммитментсы (предложила взять на себя добровольные обязательства, направленные на развитие конкуренции). До начала сентября 2023 г. CMA планирует рассматривать предложенные коммитментсы, собирать мнение участников рынка.

Суть указанных коммитментсов сводится к тому, что Компания обязуется:

- настроить алгоритмы таким образом, чтобы не использовать непубличную информацию для целей получения собственной экономической выгоды при реализации товаров на платформе;
- обеспечить прозрачные условия, на основании которых алгоритмы определяют, товар какого продавца сможет купить пользователь (появится возможность добавить товар в корзину или осуществить мгновенную покупку);
- предоставить возможность продавцам договориться с иными службами доставки (помимо Amazon и Королевской почты) об условиях доставки товаров для пользователей подписки Prime.

Стоит отметить, что с учетом позиции ЕК существует существенная вероятность того, что CMA примет предложенные Компанией обязательства и окончит расследование. В то же время антимонопольный регулятор Великобритании осуществляет весьма независимую антимонопольную политику, и по этой причине не исключено, что при рассмотрении указанного дела CMA пойдет намного дальше ЕК.

Дело Amazon в Испании

В отношении Компании в Испании также состоялось антимонопольное расследование, но не по факту злоупотребления доминирующим положением, а по факту заключения антиконкурентного соглашения. Однако данное расследование также релевантно для целей настоящей работы, поскольку репрезентативно демонстрирует общую тенденцию экономического поведения владельцев цифровых платформ. Компании используют свою рыночную власть на одном товарном рынке, который функционирует благодаря цифровой платформе, для целей продвижения собственных товаров и услуг на смежном товарном рынке, на котором у компаний нет достаточной рыночной власти.

Так, в июне 2023 г. антимонопольный регулятор Испании вынес решение в отношении компаний Apple и Amazon, установив факт антиконкурентного соглашения, которое стороны заключили еще в 2018 г.[10] Общая сумма штрафа составила 194,1 млн евро, из которых 143,6 млн евро должна будет заплатить компания Apple и 50,5 млн евро — Amazon. В чем же именно заключалось антиконкурентное соглашение между компаниями?

В 2018 г. компании заключили дистрибьюторское соглашение, которое предоставляло компании Amazon право продавать продукцию Apple на испанской версии сайта Amazon. Однако компании также договорились, что только ограниченное количество продавцов смогут реализовывать продукцию Apple на испанской версии сайта Amazon. Перечень таких продавцов определяла компания Apple. Кроме того, продавцы продукции Apple за пределами Испании не могли продавать свои товары пользователям испанской версии сайта Amazon. Как следствие, более 90% продавцов продукции Apple на испанской версии сайта Amazon оказались заблокированы алгоритмами, настроенными таким образом, что при поисковом запросе пользователю просто не выдавали продукцию таких продавцов. Покупателям предлагались исключительно товары, которые реализуют непосредственно определенные компанией Apple продавцы, фактически приобретавшие статус эксклюзивных продавцов продукции Apple на испанской версии сайта Amazon. В итоге возросли цены на продукцию компании Apple на испанской версии сайта Amazon. Кроме того, компании включили в дистрибьюторское соглашение оговорку, согласно которой Amazon приняла на себя обязательства:

1) не заключать с компаниями — конкурентами Apple соглашение о продвижении их товаров на испанской версии сайта Amazon. Так, если пользователи искали в поисковом запросе продукцию Apple, то на первой странице поисковой выдачи компания Amazon не могла предлагать приобрести товары конкурентов компании Apple. Иными словами, если покупатели делали запрос: «купить iPhone», то в поисковой выдаче появлялась только продукция Apple. При этом если покупатель делал запрос: «купить телефон Samsung» (конкурент компании Apple), то на первой странице появлялась продукция компаний — конкурентов Samsung, у которых

[10] https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2023/20230718_NP_Sancionador_Amazon_Apple-BrandGating_en_GB.pdf

с Amazon было заключено соглашение о продвижении их товаров на испанской версии сайта Amazon;

2) без разрешения компании Apple не рекламировать товары компаний — конкурентов Apple среди покупателей, которые приобретали товары Apple на испанской версии сайта Amazon.

В итоге указанное деяние привело к ограничению как внутрибрендовой, так и межбрендовой конкуренции на товарном рынке. Конкурентное ведомство квалифицировало действия участников соглашения как общий запрет на заключение антиконкурентного соглашения (ст. 1 Закона Испании о защите конкуренции[11]), не вдаваясь в квалификацию того, вертикальное это или горизонтальное соглашение.

Указанное решение конкурентного ведомства Испании одно из немногих, в котором регулятору удалось доказать именно факт заключения антиконкурентного соглашения. У компаний было два месяца, чтобы обжаловать решение регулятора.

С существенной долей вероятности компании обжалуют принятое решение антимонопольного органа в судебном порядке. При этом исход судебного процесса по обжалованию решения конкурентного ведомства может быть неоднозначным. Так, в 2022 г. итальянский антимонопольный регулятор установил факт заключения антиконкурентного соглашения и оштрафовал компании Apple и Amazon за аналогичное антиконкурентное поведение. Однако в ходе судебного обжалования компаниям удалось убедить суд в незаконности принятого решения и отменить его. В то же время важно отметить, что решение антимонопольного регулятора Италии было отменено в связи с неправильным применением норм процессуального права [6], без указания того, что регулятор неправильно применил нормы материального права, ошибочно установив, что соглашение компаний не приводит к ограничению конкуренции.

Компания Apple факт заключения соглашения с Amazon не опровергала, однако в своей правовой позиции обосновывала его разумность желанием защитить покупателей продукции от избыточного числа подделок. Компания Amazon аппелировала к тому, что не использовала алгоритмы в антиконкурентных целях и поисковая выдача товаров зависит исключительно от рейтинга продавца. Однако сторонам соглашения не удалось убедить регулятора, что их соглашение и последующее поведение на товарном рынке имеет разумное обоснование и приносит какие-либо преимущества пользователям испанской версии сайта Amazon.

Заключение

Вопросы антимонопольного регулирования предпринимательской и иной экономической деятельности владельцев цифровых платформ вызывают много доктринальных дискуссий [7—9].

Указанные многочисленные расследования в отношении владельца транзакционной цифровой платформы показывают, что Компания использует различные антиконкуретные практики для целей продвижения своих собственных товаров и услуг: оговорку о паритете цен и иные механизмы в договорах со своими контрагентами, большие данные, алгоритмы. Совершать указанные действия Компании позволяет рыночная власть, которая является следствием:

- владения транзакционной платформой, которая предоставляет возможность различным субъектам права вступать в гражданские правоотношения;
- возможности использования рыночной власти на одном товарном рынке для получения конкурентных преимуществ на ином товарном рынке, который функционирует при помощи цифровой платформы;
- фактического отсутствия у Компании конкурентов — владельцев аналогичных по функционалу цифровых платформ на товарных рынках в ряде правопорядков.

Если рассматривать товарный рынок услуг маркетплейсов в России, то он является конкурентным, на нем присутствует ряд известных широкой общественности игроков. Правда, вполне вероятно, что указанные игроки занимают коллективное доминирующее положение на указанном рынке, но этот вопрос выходит за рамки настоящей работы и требует отдельного досконального изучения.

В то же время если рассматривать рынок услуг маркетплейсов в ряде европейских юрисдикций, то на нем присутствует лишь Компания, у которой нет каких-либо конкурентов. При этом принятые антимонопольными органами меры в отношении Компании в ходе антимонопольных расследований в некой степени оказываются малоэффективными. Принятые меры антимонопольного реагирования ограничивают рыночную власть Компании исключительно номинально, а не реально.

Европейская комиссия рассматривала дело в отношении компании Amazon[12] по факту использования оговорки о паритете цен в соглашениях с продавцами электронных книг, обязывающей продавцов электронных книг предлагать свой товар на платформе Amazon по наилучшей цене по сравнению с ценами на других платформах.

Компания Amazon понимала, к какому выводу склоняется Еврокомиссия. Чтобы не допустить вынесения

[11] https://www.cnmc.es/file/64176/download

[12] CASE AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon). P. 15.

решения по делу, которым будет установлен факт злоупотребления доминирующим положением или заключения антиконкурентных соглашений[13], и, как следствие, избежать предъявления в будущем исков об убытках со стороны своих контрагентов, Компания предложила Еврокомиссии принять на себя обязательство отказаться от использования оговорки о паритете цен на рынке электронных книг на территории Европейской экономической зоны. В 2017 г. ЕК выносит решение и принимает предложенные добровольные обязательства, но уже в 2019 и 2020 гг. начинает расследование по факту использования алгоритмов на платформе в антиконкурентных целях.

Кроме того, анализ решений в рамках антимонопольных расследований позволяет сделать вывод, что, принимая предложенные добровольные обязательства, антимонопольные регуляторы ограничиваются исключительно поведенческими условиями, не рассматривают возможность структурного изменения бизнеса Компании. В рамках расследований не ставился вопрос о временном ограничении возможности одновременного осуществления Компанией нескольких видов деятельности: оператора транзакционной платформы и продавца на одноименной платформе.

Также никто из регуляторов не обязал Компанию раскрыть алгоритмы, принципы их работы. Очевидно, что доверенное лицо (monitoring trustee) для выполнения своих функций получит доступ к алгоритмам, но в каком объеме — большой вопрос. При этом не исключено, что вынесенное решение ЕК в совокупности с вступившим в силу в мае 2023 г. Digital Markets Act (DMA)[14] и решением немецкого антимонопольного регулятора о присвоении Компании статуса “paramount significance for competition across markets”[15] позволит в определенной степени сдержать рыночную власть владельца цифровой платформы в ряде юрисдикций на территории ЕС. ■

Литература [References]

1. Wiedemann, K. A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court’s Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19) // C51, 1168-1181 (2020), https://doi.org/10.1007/s40319-020-00990-3
2. Miriam Caroline Buiten, Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law, Journal of Antitrust Enforcement, Volume 9, Issue 2, July 2021, Pages 270 — 288, https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041
3. Kerber, Wolfgang & Zolna, Karsten. (2022). The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law. European Journal of Law and Economics. 54. 1-34. 10.1007/s10657-022-09727-8.
4. Midiri, Mario. (2023). The Amazon case in light of cooperation between the EU Commission and the Italian Competition Authority Waiting for the Digital Market Act. SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.4544271.
5. Lombardi, Claudio, The Italian Competition Authority’s Decision in the Amazon Logistics Case: Self-referencing and Beyond (March 2, 2022). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4047969 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4047969
6. Giannino, Michele, You Waited for Too Long and Were so Late! An Administrative Court Overturns An Article 101 TFEU Infringement Decision of the Italian Competition Authority against Apple and Amazon (December 17, 2022). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4306146 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4306146
7. Иванов А.Ю. Контроль монополизации в условиях цифровой экономики: первая часть дискуссии о пятом антимонопольном пакете // Закон. 2018. № 2. С. 106—119 [Ivanov A.Yu. Merger review in the digital age: episode one in discussions on the fifth competition law reform package // Statute. 2018;(2):106-119, (In Russ.)]
8. Павлова Н., Маркова О. Сделки с участием цифровых компаний в контексте пятого антимонопольного

[13] В практике существует два подхода к квалификации оговорки о паритете цен. 1. Как злоупотребление доминирующим положением (Решение ФАС России от 29.12.2020 по делу № 11/01/10-41/2019. 2. Как нарушение запрета на заключение антиконкурентного вертикального соглашения (решения ряда европейских антимонопольных регуляторов в отношении компании Booking.com. Важно заметить, в Постановлении Пленума ВС России указано, что к соглашению, навязанному лицом, доминирующим на рынке, применяется положение ст. 10 Закона о защите конкуренции. 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.

[14] На Компанию распространяется правовой статус “gatekeeper”, и она уже уведомила ЕК и предоставила соответствующие документы в соответствии с принятыми изменениями в законодательстве ЕС https://digital-markets-act.ec.europa.eu/potential-gatekeepers-notified-commission-and-provided-relevant-information-2023-07-04_en (Дата обращения: 14.08.2023).

[15] https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2022/26_10_2022_Entscheidung_Amazon.html (Дата обращения: 14.08.2023).

пакета // Конкуренция и право. 2023. № 3. С. 60—66 [Pavlova N., Markova O. Transactions involving digital companies in the context of the fifth antitrust package // Competition and law. 2023;(3):60-66, (In Russ.)]

9. Позднякова А.Э., Котова Д.А., Семенова Е.В. Вопросы конкуренции на рынке социальных сетей // Закон. 2020. № 2. С. 74—85 [Pozdnyakova A.E., Kotova D.A., Semenova E.V. Competition on the social network market // Statute. 2020;(2):74-85, (In Russ.)]

Сведения об авторе

Маслов Антон Олегович: преподаватель кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), эксперт Международного центра конкурентного права и политики БРИКС Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»
a.o.maslov96@gmail.com

Статья поступила в редакцию: 04.09.2023
Одобрена после рецензирования: 31.10.2023
Принята к публикации: 07.11.2023
Дата публикации: 29.12.2023

The article was submitted: 04.09.2023
Approved after reviewing: 31.10.2023
Accepted for publication: 07.11.2023
Date of publication: 29.12.2023