

УДК 34

DOI: 10.34670/AR.2023.48.29.017

Особенности определения продуктовых границ в делах о злоупотреблении доминирующим положением на цифровых рынках

Брыжова Елизавета Михайловна

Магистр,
заместитель начальника отдела особо важных расследований
Управления по борьбе с картелями ФАС России,
125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 11;
e-mail: bryzhova@fas.gov.ru

Аннотация

Цель настоящего исследования состоит в изучении правовых подходов к определению продуктовых границ товарных рынков при установлении доминирующего положения у хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на цифровых рынках, с точки зрения конкурентного права России и ряда иностранных правовых порядков. Методологическую основу исследования составляют общенаучные методы познания, а именно: анализ, синтез, гипотеза, аналогия, а также частнонаучные методы: формально-юридический, сравнительно-правовой, историко-правовой, метод правового моделирования. По результатам исследования обосновывается, что тест гипотетического монополиста как классический правовой инструмент доказывания факта наличия либо отсутствия доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке также может использоваться при доказывании доминирующего положения на цифровых рынках. Вместе с тем для целей определения доминирующего положения цифровой платформы, которая действует на товарном рынке, на котором услуги на предоставляются на безвозмездной основе (или для одной из сторон такого рынка) автором разработан новый метод определения рыночной власти для вышеуказанных хозяйствующих субъектов – RTP-тест (от англ. ready to pay). Предлагаемые выводы направлены на решение дискуссионных вопросов и придание правовой определенности правоприменительной практике.

Для цитирования в научных исследованиях

Брыжова Е.М. Особенности определения продуктовых границ в делах о злоупотреблении доминирующим положением на цифровых рынках // Вопросы российского и международного права. 2023. Том 13. № 6А. С. 113-119. DOI: 10.34670/AR.2023.48.29.017

Ключевые слова

Продуктовые границы, злоупотребление доминирующим положением, цифровые рынки, SSNIP-тест, SSNDQ-тест, SSNDS-тест, RTP-тест.

Введение

В связи с развитием цифровой экономики и появлением новых рынков антимонопольные органы всего мира столкнулись с рядом проблем, которые возникали в ходе проведения анализов состояния конкуренции на новых товарных рынках, расследований и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства. Старые методы, которые всегда применялись при анализе традиционных рынков, частично утратили свою актуальность для цифровых рынков. Вместе с новыми рынками на практике формировались и новые подходы антимонопольных органов, которые необходимо было отразить в действующем законодательстве.

В Российской Федерации, несмотря на активную правоприменительную практику и принятие «пятого антимонопольного пакета», приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» так и не был актуализирован в части анализа состояния конкуренции на цифровых рынках.

В настоящем исследовании предложены направления по совершенствованию анализа состояния конкуренции на цифровых рынках в части определения продуктовых границ данных товарных рынков, основанные на обобщении отечественной практики и зарубежного опыта.

Основная часть

В соответствии с положениями приказа ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее – Порядок) анализ состояния конкуренции на товарном рынке включает в себя десять этапов, определенных пунктом 1.3 настоящего Порядка.

Вместе с тем в ходе анализа сложившейся правоприменительной практики антимонопольных органов установлено, что при анализе состояния конкуренции на цифровых рынках существует ряд особенностей при определении продуктовых границ на данных рынках.

Так, в соответствии с Порядком под определением продуктовых границ понимается процедура выявления товара, не имеющего заменителя, или взаимозаменяемых товаров, обращающихся на одном и том же товарном рынке.

Основным методом оценки взаимозаменяемости в соответствии с Порядком определен «тест гипотетического монополиста», или иначе SSNIP-тест (от англ. Small but Significant Non-transitory Increase in Price).

Цель SSNIP-теста заключается в том, чтобы выяснить, являются ли рассматриваемые продукты или услуги взаимозаменяемыми и, во-вторых, являются ли эти продукты взаимозаменяемыми. Согласно данному методу, два продукта являются взаимозаменяемыми и находятся одном товарном рынке, если увеличение цены на 5-10 % на продукт X приведет к тому, что большая часть спроса, который ранее был сосредоточен на продукте X, переключится на продукт Y.

Вместе с тем хозяйствующие субъекты, осуществляющие свою деятельность на цифровых рынках, чаще всего функционируют на многосторонних рынках. Однако цифровые рынки отличаются и во многих других отношениях. Особенности этих рынков свидетельствуют о том, что и определение продуктового рынка отличается от традиционных рынков. Более того, применение традиционных инструментов, особенно в условиях многосторонних платформ, может привести к ненадежным определениям рынка. Согласно исследованию Организации

экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР), слишком буквальное определение рынка, которое может исключать одну из сторон рынка, может привести к ошибкам в анализе состояния конкуренции на товарных рынках. Поэтому следует отметить, что определение продуктовых границ рынка должно быть прозрачным и последовательным процессом, который обеспечивает правовую определенность как для хозяйствующих субъектов, так и регулирующих органов [Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, www].

В первую очередь проблема при определении продуктовых границ товарного рынка может заключаться в том, должны ли две стороны рынка платформ определяться совместно или раздельно. В более ранней практике антимонопольных органов стороны рынка цифровых платформ определялись отдельно друг от друга. Вместе с тем, в доктрине был сделан вывод, что двусторонний характер рынка должен быть определяющим фактом при исследовании соответствующего рынка. В дополнение к этому мнению исследование ОЭСР подчеркивает, что особенно важным в контексте определения продуктовых границ цифровых рынков является принятие во внимание связей и особенностей взаимоотношений между сторонами рынка.

Пока еще нет единого мнения о том, как определить продуктовые границы цифровых рынков с особыми характеристиками, отличающимися от традиционных рынков. Однако очевидно, что, когда речь идет о цифровой экономике, традиционные инструменты определения взаимозаменяемости не подходят для этой цели. В значительной степени это связано с ценообразованием на товары и услуги цифрового рынка, ведь услуги цифрового рынка часто предлагаются бесплатно (в англ. zero-price platforms). Обычно это релевантно, по крайней мере, для одной стороны многосторонней платформы.

С другой стороны, когда цены становятся основным фактором для принятия решений потребителями, потребители легко становятся чувствительными к ценам и ищут заменители. В прецедентном праве соответствующий рынок в цифровой среде до сих пор определялся путем оценки влияния либо изменений в качестве услуг или продуктов платформы, либо сравнения абсолютных изменений цен.

Очевидно, что тест гипотетического монополиста бесполезен в тех рыночных условиях, где цена не играет никакой роли между различными сторонами рынка. SSNIP-тест основан на гипотетическом увеличении цены, а когда такой цены не существует – тест не может быть применен. Именно эта актуальная проблема подтолкнула антимонопольные органы многих стран к разработке новых методов оценки взаимозаменяемости товаров.

Так, ОЭСР был предложен следующий вариант решения проблемы с невозможностью проведения теста гипотетического монополиста. По мнению данной организации, применимой представляется замена анализа, ориентированного на цену, анализом, ориентированным на качество [там же]. Данный тест был назван SSNDQ-тест – «небольшое, но значительное, не транзиторное снижение качества» (от англ. a small but significant non transitory decrease in quality). Цель теста SSNDQ – заменить тест SSNIP таким образом, чтобы вместо гипотетического увеличения цены, тест оценивал эффект гипотетического снижения качества. Помимо рассмотрения качества конкретной услуги, тест может также оценивать гипотетические последствия изменения общих условий и положений конкретной платформы.

С точки зрения разработчиков данного подхода, качество услуг, сбор данных и общие условия предоставления услуг платформы существенно взаимосвязаны. Роль данных как актива особенно актуальна, когда эти данные нелегко воспроизвести и когда услуга цифровой платформы, где собираются данные, предлагается бесплатно. В случае с популярными услугами цифровых платформ речь чаще всего идет о персональных данных. Когда конечные

пользователи услуг цифровой платформы разрешают поставщику услуг собирать и получать доступ к их персональным данным, денежная цена этой услуги, по-видимому, заменяется условиями, которые учитывают коммерческое использование персональных данных конечного пользователя. В то же время, качество условий, например, неполный охват или конкретность, может стать фактором качества, который может быть проанализирован с помощью теста SSNDQ.

Однако, как отмечается в отчете советников Европейской комиссии, неясно, как такой тест может быть применен на практике. Например, они задаются вопросом, какой уровень ухудшения качества будет эквивалентен повышению цен на 5-10%, чтобы уполномоченные органы могли оценить, будет ли гипотетический монополист по-прежнему получать прибыль на данном рынке.

Как отмечает ОЭСР, полезность такого теста будет скорее концептуальным руководством, чем объективным критерием, который может применяться антимонопольными органами или судами. Пример применения теста SSNDQ приведен в деле Qihoo 360 против TenCent в Верховном народном суде Китая [China's Leaders Aim for 'High Quality' Growth, [www](#)].

Данная позиция находит свое отражение и в трудах отечественных исследователей в области конкурентного права. Так, с точки зрения Е.С. Хохлова, для целей определения рыночной власти на рынках с нулевой стоимостью товаров необходимо использовать не цену, а, в первую очередь, качество товара. В таком случае рыночная власть будет иметь место при наличии у хозяйствующего субъекта возможности существенно занижать качество товара при неизменности спроса на него [Пузыревский и др., 2021, 126-129].

Вместе с тем, с точки зрения автора, данный тест не может являться действительным и универсальным индикатором взаимозаменяемости при определении продуктовых границ цифровых рынков по следующим причинам.

Во-первых, отсутствие четких критериев снижения качества может расширительно толковаться регуляторами, что приведет к отсутствию единообразия в правоприменительной практике.

Во-вторых, проводя аналогию с традиционными товарными рынками, стоит отметить, что метод «снижения качества» видится не в полной мере применимым и действительно отражающим взаимозаменяемость между товарами в связи с тем, что в случае при ухудшении качества предоставляемого товара вполне естественен отток потребителей.

Так, например, в случае ухудшения качества производимого металла, который не будет отвечать установленным стандартам качества, с высокой степенью вероятности повлечет за собой уменьшение спроса. Вместе с тем переход потребителей к другому поставщику в данной ситуации вряд ли отражает действительное наличие рыночной силы у хозяйствующего субъекта. Данный пример видится актуальным и для цифровых рынков.

Таким образом, с точки зрения автора, предложенный ОЭСР неценовой метод оценки взаимозаменяемости товаров (SSNDQ-тест) видится не в полной мере применимым к цифровым рынкам [Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, [www](#)].

В литературе встречается еще одна альтернатива SSNIP-теста. Так, Г. Комиссаров считает, что заменой SSNIP-теста при определении продуктовых границ многостороннего рынка (в т.ч. цифрового) с многосторонней же «нулевой ценой» может стать SSNDS-опрос приобретателей [Перспективы антимонопольного регулирования на цифровых рынках..., [www](#)].

Данным исследователем предлагается следующая формулировка вопроса, который будет

задаваться при опросе приобретателей товаров/услуг цифровых платформ:

«Какими инфраструктурами и в каком объеме они предпочтут заменить предварительно определенную инфраструктуру, если причина, влияющая только на ее владельца, приведет к долговременному (дольше одного года) уменьшению на 5-10% объема продаж их собственных товаров/услуг, реализуемых через эту инфраструктуру».

«SSNDS», таким образом, расшифровывается как «Small but significant and non-transitory diminution in sales» (небольшое, но значимое и долговременное снижение продаж).

Данный метод видится очень схожим с SSNDQ-тестом. Вместе с тем стоит отметить, что данный тест также имеет свои «слепые пятна» и в полной мере не сможет стать новым «тестом гипотетического монополиста» для цифровых платформ. Так, исходя из определения, данного автором, тест применим только для транзакционных платформ, исключая огромный блок нетранзакционных платформ, для которых вопрос определения рыночной власти так и останется нераскрытым.

Таким образом, с точки зрения автора, SSNDQ-тест видится также не в полной мере универсальным методом для оценки взаимозаменяемости товаров на цифровых рынках.

Заключение

По результатам анализа подходов к определению продуктовых границ товарных рынков для участников цифровых рынков, в настоящее время на законодательном уровне России и зарубежных стран с точки зрения автора, не разработан метод, который бы подходил для применения регуляторами в отношении любых бесплатных платформ, реально отражая наличие или отсутствие рыночной власти у хозяйствующего субъекта.

В целях совершенствования анализа состояния конкуренции на цифровых рынках в части определения продуктовых границ данных товарных рынков, основанном на обобщении отечественной практики и зарубежного опыта, автором предлагается новый метод определения продуктовых границ, который видится актуальным для применения при проведении анализа в отношении бесплатных цифровых платформ – RTP-тест (от англ. ready to pay).

Данный тест подразумевает введение платы за пользование платформой. Так, обладая действительной рыночной властью платформа с нулевой ценой, становясь платной, не будет подвержена оттоку потребителей.

Альтернативой вопроса, регламентированного пунктом 3.9 Порядка будет являться:

«Какими товарами и в каком объеме они предпочтут заменить предварительно определенный товар, если за его использование на него долговременно (дольше одного года) будет введена плата, а цены на остальные товары останутся неизменными?».

Библиография

1. Перспективы антимонопольного регулирования на цифровых рынках: границы рынка. URL: https://zakon.ru/blog/2021/8/23/perspektivy_antimonopolnogo_regulirovaniya_na_cifrovyyh_rynках_granicy_rynka
2. Приказ ФАС России от 28.04.2010 №220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (ред. от 12.03.2020).
3. Пузыревский С.А. и др. Конкурентное право России. М.: Проспект, 2021. 640 с.
4. Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» от 10.07.2023 № 301-ФЗ.
5. China's Leaders Aim for 'High Quality' Growth. URL: <https://www.caixinglobal.com/2017-12-21/chinas-leaders-aim-for-high-quality-growth-101187563.html>
6. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms. URL: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust->

tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf

7. Fox E. M. Monopolization and abuse of dominance: Why Europe is different //The Antitrust Bulletin. – 2014. – T. 59. – №. 1. – С. 129-152.
8. Fumagalli C., Motta M., Calcagno C. Exclusionary practices: The economics of monopolisation and abuse of dominance. – Cambridge University Press, 2018.
9. Gormsen L. L. A principled approach to abuse of dominance in European competition law. – Cambridge University Press, 2010.
10. Gormsen L. L. A principled approach to abuse of dominance in European competition law. – Cambridge University Press, 2010.

Specifics of defining product boundaries in cases of abuse of a dominant position in digital markets

Elizaveta M. Bryzhova

LLM, Deputy Head of the Particularly Sensitive Investigations Department,
Cartel Division of the FAS of Russia,
125993, 11, Sadovaya-Kudrinskaya str., Moscow, Russian Federation;
e-mail: bryzhova@fas.gov.ru

Abstract

The purpose of this research is to study the legal approaches to determining the product boundaries of commodity markets when establishing a dominant position of business entities operating on digital markets from the perspective of competition law in Russia and a number of foreign legal orders. The methodological basis of the research consists of general scientific methods of cognition, namely: analysis, synthesis, hypothesis, analogy, as well as private scientific methods: formal-legal, comparative-legal, historical-legal, method of legal modeling. According to the results of the study it is substantiated that the hypothetical monopolist test as a classical legal tool of proving the fact of presence or absence of a dominant position of an economic entity on the commodity market can also be used in proving the dominant position on digital markets. At the same time, for the purposes of determining the dominant position of a digital platform that operates on a commodity market where services are provided on a gratuitous basis (or for one of the parties to such a market), the author has developed a new method of determining market power for the above-mentioned business entities, the RTP-test (ready to pay). The proposed conclusions are aimed at solving controversial issues and giving legal certainty to law enforcement practice.

For citation

Bryzhova E.M. (2023) Osobennosti opredeleniya produktovykh granits v delakh o zloupotreblenii dominiruyushchim polozheniem na tsifrovyykh rynkakh [Specifics of defining product boundaries in cases of abuse of a dominant position in digital markets]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 13 (6A), pp. 113-119. DOI: 10.34670/AR.2023.48.29.017

Keywords

Product boundaries, abuse of dominance, digital markets, SSNIP-test, SSNDQ-test, SSNDS-test, RTP-test.

References

1. *China's Leaders Aim for 'High Quality' Growth*. Available at: <https://www.caixinglobal.com/2017-12-21/chinas-leaders-aim-for-high-quality-growth-101187563.html> [Accessed 06/06/2023]
2. *Federal'nyi zakon «O vnesenii izmenenii v Federal'nyi zakon «O zashchite konkurentsii» ot 10.07.2023 № 301-FZ* [Federal Law No. 301-FZ dated July 10, 2023 “On Amendments to the Federal Law “On Protection of Competition””].
3. *Perspektivy antimonopol'nogo regulirovaniya na tsifrovyykh ryinkakh: granitsy rynka* [Prospects for antitrust regulation in digital markets: market boundaries]. Available at: https://zakon.ru/blog/2021/8/23/perspektivy_antimonopolnogo_regulirovaniya_na_cifrovyyh_ryinkah_granicy_rynka [Accessed 06/06/2023]
4. *Prikaz FAS Rossii ot 28.04.2010 №220 «Ob utverzhdenii Poryadka provedeniya analiza sostoyaniya konkurentsii na tovarnom rynke» (red. ot 12.03.2020)* [Order of the Federal Antimonopoly Service of Russia dated April 28, 2010 No. 220 “On Approval of the Procedure for Analyzing the State of Competition in the Commodity Market” (as amended on March 12, 2020)].
5. Puzyrevskii S.A. et al. (2021) *Konkurentnoe pravo Rossii* [Competitive Law of Russia]. Moscow: Prospekt Publ.
6. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. Available at: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf> [Accessed 06/06/2023]
7. Fox, E. M. (2014). Monopolization and abuse of dominance: Why Europe is different. *The Antitrust Bulletin*, 59(1), 129-152.
8. Fumagalli, C., Motta, M., & Calcagno, C. (2018). *Exclusionary practices: The economics of monopolisation and abuse of dominance*. Cambridge University Press.
9. Gormsen, L. L. (2010). *A principled approach to abuse of dominance in European competition law*. Cambridge University Press.
10. Gormsen, L. L. (2010). *A principled approach to abuse of dominance in European competition law*. Cambridge University Press.