

Вартаев Р. С., аспирант, Чеченский экономический институт, г. Грозный, vartaev.rashid@yandex.ru

Гараев Р. З., аспирант, Чеченский экономический институт, г. Грозный, ruslan_garaeff@mail.ru

Коваленко А. И., канд. экон. наук, доцент, Университет «Синергия», г. Москва, alkovalenko@synergy.ru

Злоупотребление доминированием цифровых платформ (на примере дела Google в России)

Цель статьи — показать степень влияния сетевых эффектов в потреблении и модели многосторонней платформы на антимонопольное регулирование стратегии Google в отношениях с производителями смартфонов и планшетов под операционной системой Android на примере расследования ФАС России. В работе раскрывается хронология событий, характеризующих развитие «дела ФАС России против Google». Анализируется логика и доказательность решения ФАС России о признании компании Google злоупотребляющей доминирующим положением на рынке предустановленных магазинов приложений, для снижения конкуренции на рынках отдельных приложений. Также анализируются решения арбитражных судов Российской Федерации, в разных инстанциях, рассматривавших протест Google на решение ФАС России.

В статье сравниваются антиконкурентные действия Google с действиями Microsoft, рассматриваемыми в известных расследованиях антимонопольных органов Европы и США. Действия отличаются только на уровне тактики, но на стратегическом уровне конкурентного поведения Google полностью повторила действия Microsoft.

Ключевые слова: многосторонняя платформа, конкуренция платформ, сетевой эффект, антимонопольное регулирование, злоупотребление доминированием.

Введение

Цель статьи — на основе имеющихся в открытом доступе данных о расследовании Федеральной антимонопольной службы деятельности Google (по жалобе компании Яндекс) проанализировать в контексте общемировых подходов к антимонопольному пресечению злоупотреблений рыночной властью инновационных многосторонних (цифровых) платформ на сетевых рынках. Действительно ли двухсторонние сетевые эффекты и платформенная стратегия, успешно реализованная компанией Google, были источниками доминирующего положения компании?

Являются ли эти обстоятельства настолько значимыми для существа дела, что их игнорирование регулирующими органами при принятии решений способствует потерям

общественного благосостояния? Или же платформенная стратегия Google и интернализация положительных сетевых эффектов не играют ключевой роли в определении регулятором виновности и наказуемости действий Google? И какую роль они тогда играют?

Часто можно услышать, что многосторонняя платформа — сложная для антимонопольного регулирования модель, что сетевая природа деятельности платформы делает очевидным ее доминирующее положение, что в действиях платформы злоупотребление слишком легко доказать и сложно опровергнуть.

В статье предпринимается попытка аналитически рассмотреть альтернативные варианты: когда сетевые эффекты значимы и не значимы для принятия антимонопольного решения. В связи с этим поставлены

следующие задачи: рассмотреть российское антимонопольное дело против Google; исследовать все аргументы сторон, позицию ФАС России, позицию Яндекс, позицию Google, а также позицию арбитражных судов, в которых Google оспаривала решения ФАС России.

Оценивается значение, роль и последствия решения, принятого ФАС России в отношении тактики компании Google по взаимодействию с производителями мобильных устройств с операционной системой Android.

В процессе компаративистского анализа проведем поиск сходств и различий в сути обвинений и оправданий, в позициях, логике и аргументации сторон — в российском деле против Google, с одной стороны и, с другой стороны, в известных антимонопольных разбирательствах в США и Европе против Microsoft по подозрению в тех же нарушениях: злоупотребление доминированием (монополизация рынка).

Для обеспечения более широкого контекста проведен обзор прессы и научной периодики по рассматриваемым вопросам, на основании чего будут предложены общие, рамочные концепции для объяснения разных решений по сходным вопросам антимонопольного регулирования деятельности многосторонних цифровых платформ.

Хронология событий

30.11.2010 — Европейская комиссия открывает расследование в отношении Google по подозрению в злоупотреблении доминирующим положением на рынке интернет-поиска путем искусственного антиконкурентного влияния на выдачу результатов поиска¹.

20.03.2011 — ФТС США (американский регулятор в сфере антитраста) возбужда-

¹ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm

ет против Google антимонопольное дело по ряду оснований, включая злоупотребление положением интернет-поиска, т. е. манипулирование своим поиском и рекламным сервисом AdWords в целях ограничения конкуренции, и антиконкурентное использование исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, в части патентов, существенные для стандартов отрасли (*Standard Essential Patent*).

15.04.11 — Южная Корея возбудила дело против Google по подозрениям в антиконкурентном поведении на платформе Android².

13.02.12 — заявление антимонопольного отдела Департамента юстиции США о прекращении расследования антимонопольных последствий от согласования сделки приобретения компанией Google компании Motorola³.

31.05.12 — заявление министерства торговли Китая об условиях согласования сделки приобретения компанией Google компании Motorola⁴.

20.09.12 — Комиссия по вопросам конкуренции Индии возбуждает против Google дело о злоупотреблении доминирующим положением в области поиска и рекламы⁵.

03.01.13 — Google заключает мировое соглашение с ФТС США, подписавшись под набором добровольных обязательств: изменить подходы к организации своего сервиса интернет-рекламы, соблюдать FRAND-режим (*fair, reasonable and non-discriminatory terms*), т. е. обеспечивать доступ на справедливых, разумных и недискриминационных условиях к своим патентам, существен-

² Yang J. Google Faces Antitrust Complaints in Korea on Android Popularity. URL: <http://bloomberg.com/news/articles/2011-04-15/nhn-files-complaints-against-google-to-south-korean-regulator> (дата обращения: 29.09.2016).

³ URL: <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/domesticpolicy/201206/20120608199125.html>

⁴ URL: <http://justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-s-antitrust-division-its-decision-close-its-investigations>

⁵ URL: http://cci.gov.in/sites/default/files/07302012_0.pdf

ным для отраслевых стандартов (*Standard Essential Patent*)⁶.

15.06.13 — в Бразилии против Google возбуждают дело о злоупотреблении доминирующим положением в сфере поиска и на рынке рекламы⁷.

18.07.13 — власти Южной Кореи прекращают антимонопольное расследование деятельности Google, убежденные доводами компании об открытости платформы Android⁸.

18.02.15 — компания Яндекс сообщает о своей жалобе в ФАС России на Google. ФАС России подтверждает получение жалобы. Объем — более 200 страниц⁹.

20.02.15 — ФАС России возбуждает дело против Google (и ирландской дочерней компании Google Ireland Limited) по ст. 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее Закон о защите конкуренции) — недобросовестная конкуренция¹⁰.

06.03.15 — альянс FairSearch (16 компаний, включая Nokia, Oracle, Microsoft и др.) поддержал Яндекс в антимонопольном деле против Google¹¹.

13.04.15 — первое заседание ФАС России по делу Google. Без решения.

⁶ URL: <https://ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>

⁷ URL: <https://www.ft.com/content/cb929a86-32af-11e3-b3a7-00144feab7de#axzz41BfWEqXX>

⁸ Miners Z. South Korea drops antitrust investigation against Google. URL: <http://pcworld.com/article/2044695/s-korea-drops-antitrust-investigation-against-google.html>

⁹ URLs: <https://republic.ru/biz/1216680/>; <https://lenta.ru/news/2015/02/18/yandex/>; <https://habrahabr.ru/post/250887/>

¹⁰ Голицына А., Брызгалова Е. Для Google началось дело // Ведомости №3777 от 24.02.2015 URLs: <http://www.vedomosti.ru/newspaper/articles/2015/02/24/dlya-google-nashlos-delo>; <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=34432>

¹¹ URL: <http://fairsearch.org/european-concern-about-google-hardens-as-european-commission-investigation-continues/>

15.04.15 — Европейская комиссия выпустила предварительное заключение о злоупотреблении Google доминирующим положением в сфере интернет-поиска в части создания необоснованных преимуществ для собственных продуктов в поисковой выдаче¹².

15.04.15 — в то же день Европейская комиссия инициировала новое расследование против Google по подозрению в злоупотреблении доминирующим положением на рынке мобильных операционных систем и приложений на платформе Android¹³.

25.05.15 — второе заседание ФАС России по делу. Без решения.

01.06.15 — третье заседание ФАС России — служба удовлетворила ходатайство Яндекс и дополнительно квалифицировала дело по ст. 10 Закона о защите конкуренции — злоупотребление доминирующим положением, и продлила срок рассмотрения дела¹⁴.

03.09.15 — в Индии Google признана виновной в злоупотреблении доминированием в поиске и рекламе¹⁵.

18.09.15 — ФАС России выносит решение № 1-14-21/00-11-15 о признании действий Google нарушением ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

18.09.15 — ФАС России выдает Google предписание в срок до 18.11.2015 прекратить злоупотребления доминирующим положением и совершить ряд действий, направ-

¹² URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm (дата обращения: 29.10.2016)

¹³ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4782_en.htm (дата обращения: 29.10.2016)

¹⁴ URL: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=34758> (дата обращения: 29.10.2016)

¹⁵ *Srivastava S.* Google abused dominance in India, finds Competition watchdog probe. URL: <http://indianexpress.com/article/technology/tech-news-technology/google-misusing-search-dominance-in-india-says-dg-report-to-cci/> (дата обращения: 29.10.2016)

ленных на обеспечение конкуренции. По ходатайству Google срок продлен до 18.12.15¹⁶.

25.09.15 — ФТС США начала расследование в отношении Google. Корпорацию подозревают в искусственном ограничении доступа конкурентов к операционной системе Android¹⁷.

17.11.15 — по ходатайству Google срок исполнения предписания ФАС России продлен до 18.12.15.

17.11.15 — Google заявила, что оспорит решение ФАС России¹⁸.

10.12.15 — Google подала иск, оспаривающий решение ФАС России, в Арбитражный суд Москвы.

05.02.16 — Арбитражный суд Москвы удовлетворил ходатайство Google о рассмотрении дела в закрытом режиме, а также согласился привлечь компанию «Яндекс» в судебный процесс в качестве третьей стороны¹⁹.

15.03.16 — Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (ВАС РФ) вынес решение по делу № А40-240628/2015, где признал законным оспариваемое компанией Google решение ФАС России²⁰.

12.05.16 — ФАС России возбуждает административное дело о взыскании штрафа с Google.

11.08.16 — ФАС России назначила штраф в размере 438 млн руб.

17.08.16 — решением 9-го арбитражного апелляционного суда подтверждается вавота решений ФАС России и Арбитражного суда.

13.09.16 — ФАС России отказал Google в продлении срока исполнения предписаний²¹.

31.10.16 — истек срок исполнения Google предписания ФАС России.

01.11.16 — ФАС России наложила штраф в 1 млн руб. за неисполнение предписания в срок.

Итак, компания Google ежегодно подвергается антимонопольным обвинениям и расследованиям по разным основаниям по инициативе отдельных национальных юрисдикций. Часто национальные антимонопольные ведомства заимствуют подходы, аргументы и образ действия у более опытных в анти-трасте ведомств развитых стран.

Рассмотрев жалобу Яндекс и признав Google виновной в злоупотреблениях властью на основном рынке для монополизации смежных рынков с использованием Android, российское антимонопольное ведомство 18.09.15 приняло решение, сразу ставшее прецедентом мирового антитраста.

Как отмечают Доценко и Иванов, «решение ФАС России стало первым положительным решением по делу Google в мире. Оказавшись на вершине восходящей волны глобальной антимонопольной практики по данной категории дел, оно неизбежно попало под град критики, ведь на кону стоят принципиальные вопросы о модели защиты конкуренции на цифровых рынках» [Доценко, Иванов, 2016].

Сразу после вынесения ФАС России решения о виновности Google разбирательство с подобными основаниями инициировала Федеральная торговая комиссия США. Также активизировалась Европейская комиссия.

¹⁶ URL: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=35080>; <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15/> (дата обращения: 29.10.2016)

¹⁷ McLaughlin D. Google Said to Be Under U. S. Antitrust Scrutiny Over Android. URL: <http://bloomberg.com/news/articles/2015-09-25/Gu-gle-said-to-be-under-u-s-antitrust-scrutiny-over-android-iezf41sg> (дата обращения: 29.10.2016).

¹⁸ URL: <https://russia.googleblog.com/2015/11/android.html>; <http://www.interfax.ru/business/479754> (дата обращения: 29.09.2016).

¹⁹ URL: <http://www.interfax.ru/business/493384> (дата обращения: 29.09.2016).

²⁰ URL: <https://ria.ru/economy/20160314/1389413191.html> (дата обращения: 29.09.2016).

²¹ URL: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=47102> (дата обращения: 29.09.2016).

Суть претензий Яндекс

Обращение к помощи национального регулятора против иностранной компании — очень рискованный шаг для репутации компании Яндекс. Компания Яндекс позиционировала себя как успешная, инновационная и конкурентоспособная компания, не боящаяся напряжения прямой фронтальной конкуренции. Обращение к авторитету государственного регулятора могло расцениваться рунет-сообществом как признание компанией Яндекс своей неспособности конкурировать с предложениями Google. Поэтому представители Яндекс приложили максимум усилий, чтобы донести до потребителей свою позицию. В частности, развернутые объяснения позиции Яндекс были опубликованы:

- руководителем направления дистрибуции Яндекс Юрием Вечером — <https://republic.ru/biz/1216680/>;
- директором по распространению технологий Яндекс Григорием Бакуновым — <https://habrahabr.ru/post/250887/>

Общий пафос их постов таков: обращение Яндекс в ФАС России — это не смена средств и методов конкуренции, а вынужденная мера борьбы со злоупотреблениями со стороны Google. В частности, Google злоупотребляет рыночной властью над производителями смартфонов и планшетов — Prestigio, ExPlay, Fly (далее — вендоры), принуждая их к отказу от предустановки сервисов Яндекс. Яндекс за открытую конкуренцию — это когда игроки состязаются в качестве продуктов, а не в высоте барьеров.

Как Google получила рыночную власть над независимыми производителями смартфонов и планшетов (Prestigio, ExPlay, Fly)? Ю. Вечер пишет, что формально Android остается открытым и сейчас — его исходный код доступен всем желающим. Однако в открытую часть не входят компоненты, без которых практически невозможно создать востребованный смартфон или планшет. Магазин приложений Google Play, система уведомлений, механизм встроенных

покупок — все это является частью закрытого пакета GMS — Google Mobile Services. Реальной альтернативы GMS сейчас нет. А использование Android без GMS проблематично.

Если производители планшетов и смартфонов не договорятся с Google об условиях установки магазина приложений Google Play и пакета GMS, они останутся с не полностью функционирующими операционными системами. Отсюда возникает переговорная власть Google, ее способность принуждать производителей планшетов и смартфонов к особым (в том числе и исключительным) условиям — отказываться от предложений Яндекс по предустановке его сервисов.

Ю. Вечер пишет: «Сначала мы столкнулись с тем, что в Google не разрешали производителям устанавливать наш поиск на главном экране устройства. Потом появились ограничения на другие приложения — например на «Яндекс. Браузер». И вот теперь мы получили полный запрет на предустановку любых наших сервисов на устройства некоторых производителей. Насколько нам известно, в 2014 году компания Google подписала новые договоры как минимум с тремя производителями Android-устройств, с которыми сотрудничал «Яндекс», — Fly, Prestigio и Explay. Контракты содержат запрет на предустановку любых наших сервисов, в том числе и тех, которые никогда не конкурировали с продуктами Google. Скажем, «Такси», «Маркет» или «Метро»²²».

Бакунов Г. пишет: «Вендоры, чтобы продавать в России телефоны с сервисами Яндекса, должны отказаться от всех сервисов Google не только в России, но и во всех остальных странах. При этом правила получения GMS и Google Play для каждого из них могут измениться в любой момент ²³».

²² Юрий Вечер. Поведение вредит Google людям <https://republic.ru/biz/1216680/>

²³ Григорий Бакунов. Donotbeevil. Блог на Хабрахабре <https://habrahabr.ru/post/250887/>

Г. Бакунов описывает конкурентное преимущество локальных игроков, так как они ближе к потребителю: «Локальные игроки живут рядом со своими пользователями, и, кажется, это им очень сильно помогает создавать продукты так, что они остаются сильнее глобальных. Мне легко говорить о Яндексe, но давайте возьмем другой пример. Сравните полноту справочника 2GIS для России и Google Maps или количество активных российских пользователей ВКонтакте и Facebook. Логично, что производители телефонов и планшетов хотят, чтобы их детища учитывали особенности того рынка, на котором они будут продаваться. Этого хотели, например, Explay, Prestigio и Fly, но в конце прошлого года по настоянию Google им пришлось отказаться от предустановки сервисов Яндексa. Это произошло, когда пришло понимание, что устройства этих производителей стали занимать заметную долю на российском рынке мобильных устройств...

По сути, сейчас владелец «открытой операционной системы» заставляет вендоров отказываться от работы с теми, кто конкурирует с Google на любых рынках. И я даже не о том, чем это грозит Яндексy, а о том, в какое положение это ставит и разработчиков, и пользователей...

...Фактически, если сейчас вы хотите создавать приложения, которыми сможет пользоваться большое количество людей, оно должно быть доступно в App Store и Google Play Market. И если у Apple устройство по-буддистки неотделимо от софта, то использующие Android производители стоят перед выбором — либо Google Play и 20 предустановленных сервисов Google, либо альтернативные решения и альтернативный магазин, но для всех регионов без исключения.

Сейчас тех, кто хочет сосредоточиться на создании поиска, карт или браузеров, принуждают к созданию своих альтернативных платформ. Примерно так же, как чуть больше 7 лет назад противники Opera,

Mozilla и Google призывали их делать свои операционные системы со своими браузерами и вообще чем угодно. Но даже если сейчас кто-то сделает новую мобильную платформу, останется очень важная задача — добиться того, чтобы создатели приложений тратили свои ресурсы на версии и для них. Как мы видим, даже такому гиганту, как Microsoft, это не очень хорошо удается.

Как-то так сложилось, что все, чья жизнь и работа связаны с технологиями, верят, что это хороший конкурентный мир, где технологические компании борются за пользователей нормальными способами. Мы сами до последнего не верили, что придется призывать к разрешению ситуации регулятора. В первый раз наша вера пошатнулась, когда мы увидели, как работает дистрибуция Google. Если вы пользуетесь Mozilla Firefox, то знаете, что команда разработки этого продукта всегда думала о предпочтениях пользователей. Браузер учитывал, что есть Россия, Япония, Южная Корея, где большинство людей пользуются локальными поисковиками. И вдруг внезапно Mozilla подписывает с Google трехлетний договор на безусловную дистрибуцию его поиска везде. Человеку, который пользовался в России Яндексом, после обновления пришлось искать, как вернуть себе привычный поиск. И не все смогли это сделать.

В моих фантазиях я, конечно, думаю: еще было бы хорошо, чтобы человек в любой момент мог легко изменить поисковую систему по умолчанию. Сейчас теоретически он может сделать это, но настройки закопаны производителем так глубоко, что далеко не каждый с этим справится. Сможете назвать способ сменить поиск по умолчанию, не глядя в устройство? Уверен, что нет. А ведь многие покупатели Android-телефона никогда не заглядывают в настройки и в итоге получают его ровно таким, каким его создал производитель, связанный по рукам и ногам контрактами с Google. И там не будет ничего, кроме Google, и не потому что это выгодно пользователю, а потому что

Google выгодно использовать доминирующее положение на одном рынке, чтобы давить на другой. Запрет на это — основа антимонопольного законодательства.

Без конкуренции ничьи продукты не будут развиваться. В этом смысле Яндекс и Google просто необходимы друг другу. Вы не представляете, как стало расти качество сервисов Google в Турции, когда мы вышли в эту страну. До тех пор, пока Google не видел конкуренции в турецком поиске, он ничего не делал. Увидев живых конкурентов, он в течение нескольких месяцев — а для поисковых систем это практически моментально — улучшил поиск буквально в несколько раз, запустил несколько новых сервисов, до этого недоступных жителям Турции»²⁴.

Описания, подобные тому, что представил топ-менеджер Яндекс, создают ощущение, что сетевые эффекты настолько сильные, что издержки переключения потребителя запретительно высоки, и однажды столкнувшись с предустановленным приложением, потребитель моментально к нему привязывается и теряет способность выбирать. С другой стороны, похоже, что именно поведенческая привычка пользоваться предустановленными приложениями, а не выбирать приложения в магазине, является генератором сетевого эффекта для платформы.

Представители Яндекс, несмотря на переигрывание при демонстрации приверженности проконкурентному инновационному поведению, имеют достаточно цельную позицию и обоснованные требования. Они столкнулись с массовым отказом вендоров предустанавливать их сервисы по прямому запрету Google или из-за условий, созданных Google.

Так, уже в конце ноября 2014 г. Яндекс сообщала о прекращении сотрудничества с Explay. Мобильные телефоны Explay с 2012 г. выпускались в России с широким набором предустановленных приложе-

²⁴ Григорий Бакунов. Donotbeevil. Блог на Хабрахабре <https://habrahabr.ru/post/250887/>

ний Яндекс. Во II квартале 2014 г., по данным GfK, доля Explay на российском рынке смартфонов составила 5,2%.

Яндекс стала прямо интересоваться у вендоров причинами отказа, и вендоры не скрывали, что они поставлены в такие условия выбора поставщиком операционной системы и магазина приложений. Так как вендоры отказывают Яндекс вынужденно, у них нет смысла скрывать свой «порок воли», и они предоставляют Яндекс необходимую информацию.

Директор Explay по маркетингу Оксана Карпухина подтвердила, что с 1 сентября 2014 г. компания заключила соглашение с Google. Отказ от предустановки продуктов конкурентов Google на Android — одно из стандартных условий соглашения вендоров с этой компанией, — говорит Ващенко²⁵.

Вытеснение сервисов Яндекс с рынка предустановленных приложений произошло фактически. И если Google действительно намеренно сделала это, то она сделала это руками вендоров.

Разбор решения Комиссии ФАС России

Формальности и очевидности

В ФАС России решение по результатам антимонопольного разбирательства в отношении каждого дела принимается специальным коллективным органом — Комиссией ФАС России. Она не только принимает решение, но также готовит и утверждает его окончательный текст.

Далее позволим себе процитировать текст решения ФАС России от 18.09.15, принятого Комиссией ФАС России по жалобе Яндекс на Google²⁶.

²⁵ <http://www.vedomosti.ru/technology/articles/2014/11/24/yandeks-teryet-explay>

²⁶ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

Поводом для обращения Яндекс в ФАС России послужили отказы от дальнейшего сотрудничества с ней трех вендоров мобильных устройств под управлением операционной системы «Android» (далее — Android), осуществляющих реализацию этих товаров на территории Российской Федерации. Ранее все три производителя мобильных устройств предустанавливали отдельные приложения Яндекс, а также поиск Яндекс в качестве поиска «по умолчанию» на свои устройства. По мнению Яндекс, данная ситуация сложилась ввиду ограничений и запретов, установленных для своих контрагентов (вендоров) конкурентом Яндекс — корпорацией Google.

Согласно мотивировочной части решения Комиссии ФАС России в обоснование своего заявления Яндекс указывает, что Google является владельцем операционной системы Android, предназначенной для обеспечения функционирования мобильных устройств и предлагаемой на условиях открытой лицензии, действие которой распространяется на базовые элементы пользовательского интерфейса. По данным, представленным Яндекс, в России доля Androida на соответствующем рынке операционных систем (ОС) для мобильных устройств стала стабильно превышать значение 50% начиная с 2012 г. При этом наблюдается укрепление рыночных позиций Android как во всем мире, так и в России²⁷.

Google Inc. также является владельцем магазина приложений Google Play — приложения, предназначенного для поиска, приобретения, скачивания и обновления других приложений на Android-устройствах. Большое количество приложений, которые доступны пользователям благодаря Google Play, а также его широкая популярность у пользователей с учетом доли ОС Android

²⁷ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

на рынке операционных систем для мобильных устройств делают этот магазин приложений крайне востребованным для производителя, заинтересованного в выпуске коммерчески успешного мобильного устройства. Магазин Google Play распространяется по соглашению о продвижении мобильных приложений в составе пакета приложений мобильных приложений GMS, объединяющего исключительно приложения и сервисы Google. Google связывает Google Play — товар, на рынке которого Google занимает доминирующее положение, с рядом других товаров — отдельными приложениями в составе пакета GMS, вследствие чего приобрести данные товары отдельно друг от друга невозможно. Связывание Google Play (доминирующего товара) и иных приложений из состава GMS (продуктов, обращающихся на конкурентных рынках) приводит к созданию препятствий для доступа иных хозяйствующих субъектов — конкурентов Google — на рынок магазинов приложений и ряд смежных рынков. В частности, это затрагивает рынок мобильного поиска, на котором Google требует предустановки своей поисковой системы в качестве безальтернативного поиска «по умолчанию».

Google непосредственно устанавливает для вендоров мобильных устройств дополнительные ограничения, касающиеся предустановки приложений, конкурирующих с приложениями из пакета GMS, на мобильных устройствах на Android. В частности, Google ограничивает права вендоров на предустановку приложений, аналогичных входящим в пакет предустановленных приложений GMS, а также их размещение на экранах мобильных устройств. Вследствие этого производители отказываются от предустановки приложений (сервисов), разработанных Яндекс. Таким образом, одновременно с продвижением пакета GMS для предустановки на мобильные устройства Google создает условия для отказа производителей мобильных устройств от договорных отношений с хозяйствующими субъек-

ектами — конкурентами Google. Кроме того, Яндекс ссылается на то, что действия Google повлекли убытки компании Яндекс как хозяйствующему субъекту-конкуренту путем дезорганизации его деятельности и вытеснения его с рынка в связи с отказами контрагентов от сотрудничества либо продолжения сотрудничества с ним в силу наличия ограничений со стороны Google²⁸.

Позиция Google

Google была не согласна с квалификацией рассматриваемых действий как нарушения антимонопольного законодательства, считая Android полностью готовой к использованию мобильной операционной системой, функционирующей независимо от набора приложений Google (Google Mobile Services, или GMS). Помимо Android и отдельно от него, Google в числе других компаний разрабатывает приложения для Android и предлагает их вендорам мобильных устройств на базе Android точно так же, как и Яндекс. По мнению Google, производители мобильных устройств вправе свободно принимать решение об установке или неустановке GMS на устройства. Если производители решают приобрести лицензию на GMS, они сохраняют возможность свободно устанавливать конкурирующие приложения на том же самом устройстве и размещать их практически в любой части своих устройств. С целью конкуренции за заключение сделок по реализации своих приложений с производителями мобильных устройств, устанавливающими Android на свои устройства, Google разработала собственный набор высококачественных приложений, который бесплатно предлагает производителям в виде пакета GMS.

В отличие от Google, которая в дополнение к стоимости разработки приложений

обязана окупать свои затраты на разработку и обновление Android, Яндекс не делает никаких затрат на разработку ОС. Поэтому Яндекс находится в более выгодном положении, чем Google, когда она предлагает сделки по распространению приложений производителям мобильных устройств, устанавливающим Android на свои устройства, включая предложение о разделе доходов от поисковой рекламы с этими производителями. Если Яндекс не разрабатывает приложений, столь же привлекательных для производителей и пользователей Android, как и приложения Google, или если Яндекс не готова предложить производителям взаимовыгодный вариант раздела доходов от поиска или не обеспечивает необходимой рекламы для своих приложений, то такие сделки по распространению приложений часто достаются Google в силу популярности ее приложений и ее готовности поделиться со своими партнерами-производителями большей долей доходов от поиска, чем Яндекс.

В Android у конечных пользователей сохраняется возможность отключать предустановленные приложения, изменять начальные настройки, скачивать и устанавливать конкурирующие приложения. Приложения, входящие в GMS, являются объектами интеллектуальной собственности Google, в отношении которых Google обладает исключительным правом на товарные знаки, объекты авторского права, объекты патентного права, содержащиеся в GMS. Следовательно, Google вправе определять, на каких условиях предоставляется лицензия на GMS, в том числе предоставлять GMS в качестве пакета приложений, а также выдвигать требование о месте расположения отдельных приложений, что полностью соответствует требованиям Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), законодательства об интеллектуальной собственности и Закона о защите конкуренции. Объединение приложений в GMS экономически обоснованно, является отражением стандартной

²⁸ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

рыночной практики и не направлено против кого-либо из конкурентов Google. Оно имеет технологическое обоснование, а именно — для качественного функционирования приложений на смартфоне необходимо обеспечить совместимость всех приложений, устанавливаемых на устройстве пользователя. Объединение приложений в пакет — стандартная деловая практика. Действия и договоры Google не имеют антиконкурентных эффектов²⁹.

Продуктовые границы рынка (версия Google)

В обоснование своей позиции Google представила в материалы дела аналитический отчет, предлагающий анализ состояния конкуренции на товарном рынке, охватывающем магазин приложений Google Play, — рынке наборов приложений, локализованных для распространения в Российской Федерации, для смартфонов³⁰.

Согласно этому отчету:

- товаром на товарном рынке, охватывающем магазин приложений Google Play, является набор базовых приложений, который обеспечивает необходимую функциональность смартфона и наиболее эффективное использование его возможностей, по мнению пользователя;
- неправомерно выделять рынки отдельных мобильных приложений, обеспечивающих базовые функции смартфона;
- в силу высокой важности русифицированного интерфейса смартфона и его программного обеспечения для пользователей смартфона географические границы товарного рынка должны быть определены как границы Российской Федерации;
- несмотря на высокую концентрацию рынка наборов базовых приложений, ло-

²⁹ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

³⁰ Там же.

кализированных для Российской Федерации, для смартфонов преодолимые барьеры входа на рынок и динамичный характер развития IT-сферы и мобильных приложений в частности позволяют сделать вывод, что у доминирующих хозяйствующих субъектов отсутствуют возможности для злоупотребления своим доминирующим положением на рынке³¹.

Таким образом, Google предлагает провести другие продуктовые границы товарного рынка, но не отрицает своего доминирующего положения, а отрицает возможность им злоупотребить. Более сфокусированно рассмотрим позицию Google ниже.

Комиссия ФАС России установила, что согласно представленной Google информации корпорация Google Inc. является владельцем ОС Android, предназначенной для обеспечения функционирования мобильных устройств — смартфонов и планшетов. Google также является разработчиком мобильных приложений и сервисов, предназначенных для Android-устройств. Google принадлежат права на Android и приложения, входящие в пакет GMS, а также компания является правообладателем товарных знаков, связанных с использованием GMS³².

Продуктовые границы рынка и доминирующее положение (версия ФАС России)

В рамках дела № 1-14-21/00-11-15 ФАС России провела анализ состояния конкуренции на рынке *предустанавливаемых магазинов приложений для ОС «Android», локализованных для России*.

При анализе ФАС России ОС Android — это специализированная расширяемая операционная система для различных устройств. На сегодняшний день она является одной из самых распространенных и устанавливаемых мобильных платформ в мире.

³¹ Там же.

³² Там же.

Представленные на рынке смартфоны под управлением ОС Android условно можно разделить на два типа:

- устройства, работающие на основе Android Open Source Project (далее — AOSP) без предустановленного пакета GMS. Стоит отметить низкую популярность и конкурентоспособность мобильных устройств данного типа по сравнению с устройствами на основе закрытой части ОС Android — GMS;

- устройства с закрытой частью ОС Android, на которых в обязательном порядке предустановлены сервисы пакета GMS. Мобильные устройства с предустановленными GMS наиболее популярны и представлены на мировом и в частности российском рынках в подавляющем большинстве.

Google Mobile Services (GMS) — это пакет сервисов, приложений и системных служб, предоставляемых Google, в состав которых входит в том числе Google Play. Программные продукты, предназначенные для обеспечения функционирования мобильных устройств на ОС Android, включая решение базовых и прикладных задач, в настоящее время объединены в единый пакет Google Play Services, являющийся частью пакета приложений GMS³³.

Google Play Services — системный компонент, обеспечивающий возможность корректной работы мобильных приложений и сервисов, которые обращаются к различным программным интерфейсам, необходимым для вызова определенной функциональности (отображение карт в приложении, оплата покупок внутри приложения, мгновенные уведомления пользователей) или взаимодействие с другими приложениями и сервисами Google. Одним из ключевых мобильных приложений, вводимых в оборот корпорацией Google, является магазин приложений Google Play — приложение, пред-

назначенное для поиска, приобретения, скачивания и обновления других приложений на устройствах, работающих на базе ОС Android. Особенности магазина приложений Google Play является гарантированные его разработчиками высокая степень безопасности устанавливаемого и обновляемого программного обеспечения (защита от вирусов, недопустимых (неэтичных) приложений, нарушений при работе приложений, соблюдение прав на результаты интеллектуальной деятельности при загрузке приложений, предоставляется обновление приложений) и возможность обратной связи конечного потребителя и разработчика программного обеспечения³⁴.

Комиссия ФАС России отмечает, что в Аналитическом отчете, приобщенном к материалам дела, проведена оценка взаимозаменяемости товаров в соответствии с Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее — Порядок проведения анализа товарного рынка), в том числе выявлены товары, потенциально являющиеся взаимозаменяемыми для данного рынка. В частности, программный продукт — браузер поиска предназначен для поиска и просмотра на экране устройства информации из Интернета (веб-страниц, содержания веб-документов, компьютерных файлов и пр.). При этом браузер не предоставляет возможности для осуществления автоматического обновления и оплаты приложений, а также не обеспечивает конечному пользователю гарантии безопасности использования соответствующего программного продукта. Таким образом, браузер не обладает всеми характеристиками, обеспечивающими функциональное назначение магазина приложений³⁵.

Согласно тексту решения Комиссия ФАС России изучила доводы Google о необходи-

³³ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

³⁴ Там же.

³⁵ Там же.

мости определения продуктовых границ как набора базовых приложений (в который входит магазин приложений Google Play), локализованных для распространения в Российской Федерации, и отклоняет их на основании следующего. Как установлено Порядком проведения анализа товарного рынка, при выявлении свойств товара, определяющих выбор покупателей, анализируется функциональное назначение, в том числе цель приобретения товара и его потребительские свойства. Программное обеспечение (приложение), разработанное для мобильных устройств и определенное как «набор базовых приложений», обладает различным прикладным значением, в том числе — объединяет базовое и прикладное программное обеспечение. Каждый программный продукт, входящий в состав базового набора, предназначен для решения определенных задач и обладает собственным функциональным назначением. Исходя из изложенного, Комиссия ФАС России приходит к выводу, что для набора базовых приложений, в который входят программные продукты, как базовые, так и прикладные, функциональное назначение не определено³⁶.

Как следует из результатов социологического опроса, проведенного Romir, при ответе на вопрос «Какое из следующих утверждений, на Ваш взгляд, наиболее точно описывает магазин приложений, установленный в Вашем смартфоне?» пользователям было предложено выразить свое отношение к магазину приложений. Респондентам предлагались варианты ответов: «канал для поиска и доступа к необходимым приложениям», «самостоятельный продукт», «другое» и «затрудняюсь ответить». Однако полученные ответы не свидетельствуют о невозможности выделения «предустанавливаемых магазинов приложений» в отдель-

³⁶ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

ный рынок, так как предложенные варианты ответов не исключают друг друга и не опровергают наличия у магазинов приложений особой функциональности. Следовательно, набор программных продуктов — базовых приложений, не обладающий самостоятельным функциональным назначением, является неопределенным и не может формировать отдельного товарного рынка³⁷.

Комиссия ФАС России также отмечает, что магазин приложений для Android — Google Play предоставляется только производителям мобильных устройств. Конечные пользователи мобильных устройств не имеют возможности самостоятельно загрузить магазин приложений Google Play из какого бы то ни было источника, т. е. не могут его использовать, если только он не предустановлен производителем на соответствующем мобильном устройстве. Кроме того, с помощью Google Play невозможно загрузить магазины приложений иных производителей. Комиссией ФАС России установлено, в том числе по результатам социологических исследований ВЦИОМ, и сторонами по делу не оспаривается, что предустановка программных продуктов на мобильном устройстве — самый эффективный способ распространения программных продуктов, и последующая (после реализации мобильного устройства) самостоятельная установка программного продукта происходит намного реже, чем использование уже предустановленного программного продукта.

Таким образом, предустановленный на мобильном устройстве магазин приложений как программный продукт (приложение) обладает уникальной функциональностью и формирует потребительскую ценность для производителей мобильных устройств как существенного и необходимого элемента мобильных устройств для их последующей реализации. Основываясь на выявленном функциональном назначении программного продукта — магазина приложений, усло-

³⁷ Там же.

вий ввода его в оборот, Комиссия ФАС России пришла к выводу, что в качестве продуктовых границ товарного рынка в Аналитическом отчете обоснованно и правомерно определен предустановливаемый магазин приложений для ОС Android, локализованных для распространения на территории Российской Федерации. Исходя из установленного факта, что магазин приложений может быть предустановлен только производителями мобильных устройств, они же и являются приобретателями на этом товарном рынке, и предустанавливают магазины приложений на производимые ими устройства в целях последующей перепродажи магазинов приложений конечным пользователям в составе мобильных устройств³⁸.

Основываясь на Аналитическом отчете, имеющихся в материалах дела документах и пояснениях сторон, Комиссия ФАС России установила, что Google обладает долей на рынке предустановленных магазинов приложений для Android, локализованных для распространения на территории Российской Федерации, более 50% (58,18%), т. е. в соответствии с ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции занимает доминирующее положение. Также Комиссия ФАС России отмечает, что доминирующее положение Google усиливается ввиду наличия его прав на ОС Android.

В ходе рассмотрения дела № 1-14-21/00-11-15 Комиссией ФАС России в действиях Google выявлены признаки нарушения ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, в связи с чем определением от 03.06.2015 рассматриваемые Комиссией действия Google доквалифицированы по ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции³⁹.

³⁸ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

³⁹ Там же.

Антиконкурентные практики Google через вертикальные ограничивающие контракты

Магазин приложений Google Play распространяется Google только совместно с иными приложениями и сервисами, разработанными Google (GMS) посредством предварительной установки на мобильные устройства, реализуемые (предназначенные для реализации) на территории Российской Федерации.

«Google установлены процедуры, которые используются для обеспечения соблюдения вендорами требований, в частности так называемые антифрагментационные требования. Помимо включения антифрагментационных требований, Google также заключает с производителями мобильных устройств, предустанавливающими приложения, и сервисы из пакета GMS, отдельные соглашения о запрете фрагментации. Понятие «фрагментация ОС Android» является неопределенным и нигде не зафиксировано. Технические эксперты подтверждают, что под понятие фрагментации могут подпадать любые не согласованные с Google отступления, в том числе установка на мобильном устройстве мобильных приложений и сервисов, не входящих в состав GMS, а также выпуск устройств без пакета GMS производителем, у которого есть соглашение с Google, содержащее антифрагментационные требования. Данный вывод также подтверждается Яндекс. Таким образом, используя запрет антифрагментации и создавая ситуацию, при которой выпуск устройств без GMS и (или) с отдельными предустановленными приложениями и сервисами конкурентов сопряжен с высокими рисками и неопределенностью для производителей, Google обеспечивает реализацию своих практик, описанных выше⁴⁰».

⁴⁰ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

Контрагенты Google (производители мобильных устройств, операторы сотовой связи и иные хозяйствующие субъекты, по заказу (в интересах) которых сторонними производителями изготавливаются мобильные устройства) для получения магазина Google Play, должны соблюдать 4 специальных требования Google, носящие ограничительный характер (далее — 4 ограничивающих условия):

- обязательное приобретение всего пакета приложений Google Mobile Services как условие получения магазина приложений Google Play;
- обязательная настройка (предустановка) поиска Google в качестве поиска по умолчанию во всех точках ввода поискового запроса для общего поиска в Интернете;
- условия о преимущественном размещении приложений Google на экране мобильного устройства;
- запрет предустановки приложений и сервисов конкурентов, обеспеченный предоставлением вознаграждения Google.

Комиссия ФАС России отмечает, что наличие 4 ограничивающих условий подтверждается содержанием соглашений, заключаемых Google и представленных в материалы дела. Рассмотрим эти 4 условия подробнее.

Действия Google по продвижению Google Play (связывание)

Комиссия ФАС России в своем решении объясняет, как Google использует доминирующее положение. Потребность конечных пользователей мобильных устройств в магазине приложений Google Play обуславливает интерес производителей в его предустановке на выпускаемые ими мобильные устройства. Так, подавляющее большинство пользователей мобильных устройств рассматривают обязательным условием для приобретения такого устройства наличие в устройстве магазина приложений (по данным социологического опроса ВЦИ-

ОМ — 63,3% пользователей смартфонов и 67% пользователей планшетов; 69% опрошенных по данным Решения ФАС России⁴¹).

По представленной Google информации, на рынке Российской Федерации, за исключением отдельных устройств, доля которых минимальна, отсутствуют устройства, на которых не предустановлен магазин приложений Google Play. Таким образом, фактически обязательным условием производства и реализации конкурентоспособного мобильного устройства является наличие на устройстве Google Play. Отдельное получение производителями устройств Google Play без других приложений, входящих в состав пакета GMS, невозможно. Этот факт подтверждает также представленная Яндекс в распоряжение ФАС России переписка. Возможность приобретения Google Play только в связке с иными приложениями из состава GMS подтверждена также самой компанией Google. При этом требование о предустановке всего пакета GMS распространяется на все мобильные устройства на базе Android, выпускаемые определенным производителем. Состав пакета GMS определяется по единоличному усмотрению Google и меняется с течением времени. В настоящее время он включает:

- поисковое приложение Google Search;
- интернет-браузер Google Chrome;
- почтовый клиент Gmail;
- картографическое приложение Google Maps;
- приложение видеохостинга You Tube;
- приложение социальной сети Google+;
- календарь Google Calendar;
- видеокамеру Google Camera;
- приложение для доступа к облачному хранилищу Google Drive;
- музыкальное приложение Google Play Music;

⁴¹ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

- видеоприложение Google Play Music and TV;
- приложение для книг Google Play Books;
- новостное приложение Google Newsstand;
- приложение для журналов и блогов Google Magazines;
- игровое приложение Google Play Games;
- приложение для обмена сообщениями Google Hangouts;
- некоторые другие приложения и сервисы Google.

Приложения, входящие в пакет GMS, могут работать по отдельности. Любое приложение в составе GMS может быть заменено на альтернативное (конкурирующее) приложение без потери функциональности как остальных приложений из состава GMS, так и мобильного устройства в целом. Использование отдельных приложений из состава GMS не требует обязательного наличия на мобильном устройстве других приложений из того же пакета — сами по себе приложения из состава GMS могут быть загружены пользователями из магазина приложений Google Play без потери их функциональности аналогично любым другим приложениям иных разработчиков. Указанные выше обстоятельства подтверждены:

- техническим заключением МГУПИ МИРЭА: «...наличие одного или нескольких из этих приложений предустановленным на мобильном устройстве не является необходимым условием функционирования других приложений. Единственное, что их объединяет, — общий разработчик (Google), а также, как правило, использование единого пакета программных интерфейсов Google Play Services. Кроме того, на иных ОС (например, на ОС iOS, применяемой на мобильных устройствах компании Apple) приложения Google (Gmail, YouTube, Chrome и пр.) могут быть установлены и функционировать по отдельности без каких-либо помех»; «... приложения, включенные Google в пакет GMS, могут быть технически отделены как

друг от друга, так и от Google Play. Все необходимые для связи с сервисами Google компоненты могут быть технически доступны разработчику для включения напрямую в само приложение»;

- ответом Google на запрос ФАС России от 16.07.2015 вх. 71669/2015: «с технической точки зрения, достаточно, чтобы на устройстве находился магазин приложений Google Play и компонент Google Play Services, чтобы работали приложения Google на этом устройстве, загружаемые через магазин Google Play»; «имеется техническая возможность одновременной предустановки на устройства на базе ОС Android и корректного функционирования на них приложений различных разработчиков (в том числе имеющих сходную функциональность)»; «имеется техническая возможность для загрузки пользователями приложений из пакета GMS из магазина приложений Google Play, для корректного функционирования данных приложений не требуется исключительно их предустановка»;

- устными пояснениями представителей Google в ходе заседания по делу от 01.06.2015: «приложения как предустановленные, так и загруженные из Google Play, работают одинаково, разницы никакой нет, функционал один⁴²».

При этом довод Google, что приложения GMS рассчитаны на работу как единое целое в силу наличия между ними особых взаимосвязей, не находит подтверждения. Напротив, в письменных пояснениях по существу рассматриваемого дела от 26.08.2015 Google указывает, что при замене одного из приложений из состава GMS на конкурирующее приложение сохраняются существующие связи между приложениями различных типов (например, между поисковым приложением и картами или между календарем и по-

⁴² Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

чтовым клиентом), и пользователь, «неудовлетворенный удобством работы какого-либо отдельного сервиса Google, может его деактивировать и (или) заменить его аналогичным приложением стороннего разработчика». Таким образом, предустановка конкурирующего приложения вместо одного из приложений из состава GMS не приведет к снижению функциональности остальных приложений и сервисов Google и не нарушит взаимосвязей между ними. Кроме того, Google также в ходе заседаний подтвердила, что функциональность предустанавливаемых приложений и приложений, загружаемых пользователями самостоятельно, одинаковая, что дополнительно подтверждает отсутствие необходимости именно в предустановке всех приложений и сервисов из пакета GMS. В силу применяемой политики Google по связанному распространению магазина приложений Google Play совместно с иными приложениями и сервисами в составе пакета GMS на большинстве мобильных устройств, реализуемых на территории Российской Федерации, предустановленными оказываются приложения и сервисы Google⁴³.

Предустановка сервиса Google в качестве поиска по умолчанию

«Кроме связанного приобретения Google Play и иных приложений в составе GMS, Google также предъявляются дополнительные требования, обуславливающие предустановку Google Play, а именно — обязательная настройка (предустановка) на мобильном устройстве поиска Google в качестве поиска по умолчанию. Под поиском по умолчанию понимается особая настройка приложения, использующего функциональность общего поиска в Интернете, выбранная производителем мобильного устройства или разработчиком приложения, при этом

⁴³ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

именно выбранная производителем или разработчиком приложения поисковая система предоставляет результаты поиска по запросу пользователя (например, в случае поиска через адресную строку в браузере). Поиск по умолчанию также включает случаи установки производителем устройства поискового приложения с вынесением виджета (поисковой строки) на главный экран, а также установку приложения главного экрана (лончера), содержащего поисковую строку соответствующего провайдера поиска. Поиск по умолчанию во всех точках ввода поискового запроса на мобильном устройстве, как правило, означает, что на момент приобретения устройства везде, где пользователь может осуществить поиск в Интернете на устройстве, он это может сделать только с помощью поиска Google (если впоследствии эту настройку самостоятельно не изменит в каждом отдельном приложении, использующем функциональность поиска в Интернете). Какие-либо технические причины для того, чтобы именно поиск Google был настроен в качестве поиска по умолчанию на устройстве, отсутствуют. Это подтверждается техническими экспертами (стр. 15–16 Технического заключения МГУПИ МИРЭА), а также самой компанией Google (на заседании Комиссии ФАС России 02.07.2015 представитель Google подтвердил, что при смене поиска по умолчанию с Google на альтернативный приложения из пакета GMS будут продолжать работать корректно). В то же время наличие ограничений в виде настройки поиска Google в качестве поиска по умолчанию подтверждается также самой компанией Google (в ходе заседания комиссии ФАС России от 02.07.2015)⁴⁴».

Приоритетное размещение приложений Google

Согласно пояснениям, данным представителями Google в заседании Комиссии ФАС России 02.07.2015, Google не опровер-

⁴⁴ Там же.

гает преимущество приоритетного размещения приложений на мобильном устройстве, а именно, что приоритетное размещение увеличивает вероятность того, что будут использованы именно приложения Google. Анализ переписки ООО «Яндекс» с производителями мобильных устройств позволяет прийти к выводу, что Google также запрещает предустановку конкурирующих поисковых виджетов на второй экран либо предустановку других приложений, в которых используется конкурирующий поиск⁴⁵.

Комиссия ФАС России установила, что «Google создавала для своих приложений существенные конкурентные преимущества, обуславливая получение вендорами Google Play требований о преимущественном размещении своих приложений. Преимущественное расположение приложений на мобильном устройстве непосредственно влияет на частоту использования приложений: расположение иконок приложений на домашнем экране устройства приводит к более частому обращению пользователей к данным приложениям по сравнению с приложениями, иконки которых размещены на последующем (последующих) экранах устройства»⁴⁶.

В частности, Комиссией ФАС России были исследованы данные по изменению доли поиска ООО «Яндекс» в зависимости от способа его установки. Так, было продемонстрировано, что в случае размещения поискового виджета на главном экране доля поиска через него увеличивается в несколько раз по сравнению с ситуацией, когда какая-либо предустановка отсутствует. Довод Google, что требование о приоритетном размещении мобильных приложений, входящих в пакет GMS, не ведет к ограничению прав конкурентов в связи с тем, что у последних

сохраняется возможность по размещению своих приложений на экране мобильного устройства на аналогичных условиях, материалами дела не подтверждается. Таким образом, расположение иконок приложений на главном экране имеет существенное влияние на частоту использования соответствующих приложений и сервисов⁴⁷.

Запреты на предустановку приложений конкурентов

В соглашениях, заключаемых Google с производителями мобильных устройств, установлены ограничения на предустановку приложений, продуктов, сервисов, разработанных конкурентами, обеспеченные предоставлением со стороны Google вознаграждения в виде части дохода, получаемого от мобильной рекламы. Были зафиксированы отдельные случаи отказа от предустановки приложений и сервисов Яндекс⁴⁸.

Производители мобильных устройств со ссылкой на соответствующие ограничения со стороны Google отказывают иным разработчикам в установке настройки конкурирующего поиска в качестве поиска по умолчанию, а также в возможности предустановить конкурирующие приложения на домашний экран.

Указанные обстоятельства приводят к созданию препятствий доступу хозяйствующих субъектов-конкурентов на рынок поиска, что потенциально может привести к ограничению конкуренции в связи с сокращением числа хозяйствующих субъектов на товарном рынке. Запрет на предустановку приложений, продуктов, сервисов, разработанных конкурентами, обеспечивался предоставлением со стороны Google вознаграждения на условиях соглашений — RSA. Заключение соглашений, условием которых является предоставление бонусов и иных видов вознаграждения, в том числе за про-

⁴⁵ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ Там же.

⁴⁸ Там же.

движение товара на рынке, обусловленных отказом от приобретения товаров конкурентов, по общему правилу противоречит требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и может являться актом недобросовестной конкуренции. При этом выплата части дохода от мобильной рекламы разработчиком приложений и сервисов в пользу производителя в качестве вознаграждения за предоставляемые услуги по предустановке на мобильных устройствах (в том числе в определенный период времени, на конкретных моделях устройств и т. д.) сама по себе не может быть признана недобросовестной практикой, поскольку направлена на обеспечение представленности и продвижения собственных товаров и не оказывает непосредственного влияния на товары конкурентов.

В связи с этим подобное условие приобретения Google Play также должно быть квалифицировано как проявление злоупотребления Google своей рыночной властью, нарушающее ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, так как может привести к ограничению конкуренции в связи с сокращением числа хозяйствующих субъектов — конкурентов Google на целом ряде товарных рынков, в частности, ввиду того, что выплаты осуществляются не за действия по продвижению приложений и сервисов Google, а за отказ от сотрудничества с конкурентами Google.

Комиссия, рассмотрев антиконкурентные практики Google, установила, что при наличии доминирующего положения на рынке предустановленных магазинов приложений, а также создании преимущественных условий для собственных приложений, обеспечивающих Google приоритетное использование приложений пользователями, как следствие, получение прибыли в размере, как если бы Google была единственным поставщиком приложений, Google *оказывает влияние на общие условия обращения товара на смежных товарных рынках (магазинов приложений)*.

Выводы Комиссии ФАС России

В Решении от 18.09.15 Комиссия ФАС России признала компании Google Inc. и Google Ireland Ltd. нарушившими ч. 1 ст. 10 Закона О защите конкуренции.

«Не обусловленная технологическими причинами практика Google по связыванию магазина приложений Google Play, в отношении которого Google занимает доминирующее положение на рынке, и иных приложений из состава GMS, как правило, находящихся в условиях конкуренции, ограничивает возможности доступа хозяйствующих субъектов — конкурентов Google на ряд рынков, на которых обращаются приложения и сервисы из пакета GMS, и впоследствии может привести к их вытеснению с указанных рынков. В частности, как отмечено в Аналитическом отчете, на рынке предустановливаемых магазинов приложений для ОС «Android», локализованных для России, имеются высокие барьеры входа и экспансии, которые являются труднопреодолимыми. Вследствие этого успешный выход конкурентов на рынок магазинов приложений является затруднительным, и, таким образом, возможность для конкурентов успешно выйти или удержаться на рынках мобильных приложений и сервисов, на которых обращаются мобильные приложения и сервисы, включенные в состав GMS, также существенно снижена.

В силу практики связывания Google достигает предустановки большого набора своих приложений и сервисов без выплаты какого-либо вознаграждения производителям. В свою очередь, конкурирующие разработчики приложений фактически лишены возможности предустанавливать свои приложения и сервисы совместно с Google Play и на тех же условиях, что и приложения и сервисы Google. В результате создания барьеров доступа происходит вытеснение конкурентов с тех рынков, на которых обращаются приложения и сервисы из пакета GMS. Описанные последствия становятся возможны ввиду того обстоятельства, что

предустановка является наиболее эффективным каналом продвижения мобильных приложений, обеспечивая наиболее значительный охват аудитории и объем использования приложений на мобильном устройстве в силу следующих факторов:

- гарантированное нахождение на большом количестве устройств (согласно представленным в материалы дела данным, в России количество мобильных устройств, на которых предустановлен магазин приложений Google Play и остальные приложения и сервисы из состава GMS, составило в 2014 г. примерно 25,6 млн шт.);

- высокая частота использования (согласно результатам социологического опроса ВЦИОМ более половины респондентов каждый день используют браузер Google Chrome. Аналогичные показатели у остальных браузеров для ОС «Android» гораздо меньше);

- пассивное поведение пользователей (как правило, конечные пользователи не меняют предустановленные приложения и сервисы и не скачивают аналогичные приложения самостоятельно (данные социологического опроса ВЦИОМ, а также данные опроса, проведенного Romir по заказу Google)⁴⁹».

«Приоритетная роль предустановки в сравнении с иными способами продвижения мобильных приложений, даже взятых в совокупности, подтверждена также иными материалами дела и не отрицается Google. Кроме вышеописанных факторов также следует отметить:

- многие разработчики мобильных приложений не распространяют свои приложения через сайты. В равной степени этот канал не используется также самой Google. Кроме того, устройства на ОС Android содержат настройки, затрудняющие скачива-

ние приложений с сайтов разработчиков. Речь идет о предупреждениях о том, что загружаемая программа может представлять угрозу для устройства, что создает предпосылки для отказа значительной части пользователей от установки приложений из любых источников, кроме предустановленного магазина приложений Google Play;

- скачивание приложений из иных источников, нежели сайты разработчиков или магазины приложений, как правило, не допускается. Это политика не только Google, но и многих других разработчиков. Кроме того, скачивание из иных источников требует от пользователя совершения ряда дополнительных действий (поиск приложения, совершение определенных технических манипуляций) и более серьезных технических знаний, чем требуются для использования магазина приложений (в частности, пользователям требуется изменить настройки мобильного устройства таким образом, чтобы разрешить установку «из неизвестного источника»). В то время как скачивание напрямую из магазина приложений или использование предустановленного приложения не требует таких действий; в связи с этим само по себе наличие на устройстве предустановленного приложения снижает стимулы для поиска и скачивания альтернативного (вне зависимости от его качества) из иных внешних источников;

- с предустановкой также не сопоставим такой канал распространения, как магазин приложений. Как указывалось выше, пользователи, как правило, не склонны менять предустановленные приложения и сервисы и не скачивают аналогичные приложения самостоятельно.

Таким образом, предустановка мобильных приложений и сервисов на устройстве изначально обеспечивает значительно больший охват аудитории пользователей и частоту использования соответствующих мобильных приложений и сервисов. Эффект предустановки усилен невозможностью удаления приложений и сервисов Google, пред-

⁴⁹ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

установленных на мобильном устройстве. Так, согласно информации самой Google, приложения возможно только деактивировать, при этом они остаются на устройстве. При этом отсутствие возможности удаления предустановленных приложений Google из состава GMS также не обусловлено технологическими причинами, в то время как те же приложения Google, скачанные из магазина приложений Google Play, могут быть удалены пользователем в отличие от тех же самых, но предустановленных приложений. Таким образом, описанные действия Google по связыванию магазина приложений Google Play и других приложений из состава GMS привели к тому, что канал предустановки оказался полностью зарезервирован за Google. При этом указанное конкурентное преимущество Google получает безвозмездно в силу обладания рыночной властью применительно к магазину приложений Google Play. Таким образом, выбранный способ продвижения товара (связывание) приводит к ограничению вариантов предустановки конкурирующих приложений и, как следствие, может привести к ограничению конкуренции в соответствии с п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции — а именно к сокращению числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке⁵⁰.

При этом Комиссия ФАС России не может согласиться с доводом Google, согласно которому пакет GMS был создан и продвигается исключительно в совокупности с Google Play в ответ на ожидания конечных пользователей и производителей. Ожидания пользователей и производные от них ожидания производителей мобильных устройств сводятся к тому, что устройство должно содержать определенный функционал и базовый набор приложений, необходимый для

его реализации (карты, почта, магазин приложений), но не к тому, что это будут приложения конкретного разработчика (за исключением магазина приложений Google Play). Указанный довод подтверждается также материалами, представленными Google: социологический опрос Romir, проведенный по заказу Google, позволяет заключить, что 50% опрошенных (в совокупности с теми, кто не считает разницу критической) не считают, что базовый набор должен обязательно состоять из приложений одного разработчика (против 39%).

Кроме того, соцопросы ВЦИОМ, представленные Яндекс, также подтверждают, что пользователи хотели бы иметь возможность менять (выбирать, удалять) предустановленные сервисы. В этой связи пакетирование (специальная комплектация) — это только один из вариантов предложения товаров производителям, которые должны иметь возможность по своему усмотрению наполнить устройство приложениями и сервисами одного или разных разработчиков. Также не имеет значения для обстоятельств рассматриваемого дела возможное согласие контрагентов Google на заключение соглашений, содержащих условия, ограничивающие конкуренцию. Прежде всего по той причине, что у производителей мобильных устройств отсутствует иная возможность получить магазин приложений Google Play кроме как по договору с Google. Комиссия ФАС России отмечает, что само по себе пакетирование как способ продвижения товара не является нарушением законодательства, но становится незаконным связыванием в случае, если в пакет включается доминирующий продукт, возможность отдельного приобретения которого у покупателя отсутствует. Так, например, компания Яндекс распространяла на рынке пакет Yandex. Kit, в который также входил набор приложения для мобильных устройств. Между тем, наряду с распространением Yandex. Kit, у производителей также сохранялась возможность отдельного приобретения приложений,

⁵⁰ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

разработанных Яндекс, включаемых в состав пакета Yandex. Kit.

Таким образом, Google, занимающая доминирующее положение на рынке предустановленных магазинов приложений для ОС Android, совершила действия, выразившиеся в предоставлении контрагентам — вендорам магазина приложений Google Play для предустановки на Android-устройства, предназначенные для введения в оборот на территории Российской Федерации, при описанных выше 4 условиях.

Согласно ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции запрещаются действия занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции. Так как Комиссия ФАС России установила, что действия компании Google Inc., занимающей доминирующее положение на рынке предустановленных магазинов приложений для Android-устройств, локализованных для распространения на территории Российской Федерации, приводят к ограничению конкуренции на смежных товарных рынках (магазинов приложений), то рассматриваемые действия Google квалифицируются по ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции⁵¹.

При этом Комиссия ФАС России решила прекратить рассмотрение дела № 1-14-21/00-11-15 о нарушении Google ч. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых Комиссией ФАС России действиях компании Google.

Предписание ФАС России

Комиссия ФАС России по рассмотрению дела № 1-14-21/00-11-15 о нарушении

антимонопольного законодательства выдала предписание:

«Компании Google в срок до 18.11.2015 прекратить нарушение части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в предоставлении контрагентам — производителям для предустановки на мобильные устройства магазина приложений Google Play при описанных выше четырех условиях».

ФАС России предписала Google перестать обуславливать предустановку магазина приложений Google Play, предоставляемого контрагентам — производителям мобильных устройств, работающих под Android, предназначенных для введения в оборот на территории Российской Федерации, четырьмя описанными требованиями:

- об обязательной предустановке иных приложений, продуктов, сервисов Google;
- об обязательном размещении предустанавливаемых совместно с магазином приложений Google Play иных приложений Google на главном экране или на уровень ниже главного экрана;
- об обязательной предустановке на мобильные устройства и (или) настройке на мобильных устройствах совместно с магазином приложений Google Play поисковой системы Google в качестве поисковой системы «по умолчанию»;
- о соблюдении запрета на предустановку приложений, продуктов, сервисов, разработанных иными хозяйствующими субъектами, в том числе обеспеченного вознаграждением контрагентам — производителям мобильных устройств под управлением ОС Android или иным материальным стимулированием.

Предписано компании Google Inc. (и дочерней компании Google Ireland Ltd.):

- в срок до 18.11.2015 совершить все действия, необходимые для внесения изменений во все действующие соглашения/договоры, содержащие незаконные требования, заключенные компаниями или от имени компаний Google Inc. и Google Ireland

⁵¹ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

Limited с контрагентами — производителями мобильных устройств, работающих под управлением ОС Android, предназначенных для введения в оборот на территории Российской Федерации;

- в срок до 18.11.2015 проинформировать пользователей мобильных устройств под управлением ОС Android, распространенных на территории Российской Федерации, о возможности деактивации предустановленных приложений Google, изменения поисковой машины в браузере Google Chrome, о возможности установки иного виджета поиска и установки иных приложений, аналогичных входящим в пакет GMS, а также о возможности изменения расположения иконок на экране устройства в форме уведомления, которое должно быть выведено на экран мобильного устройства;

- в течение 10 дней с момента исполнения настоящего предписания письменно сообщить в ФАС России о его исполнении с приложением соответствующих надлежащим образом оформленных доказательств⁵².

Позже Google подала ходатайство в ФАС России о продлении срока исполнения предписания, и ФАС России перенесла срок исполнения предписания до 18.12.2015. С позиции сегодняшнего дня становится ясно: несомненно, всего лишь тянула время до судебного обжалования по состоянию на ноябрь 2016 г. Google так и не выполнила предписаний ФАС России, за что была отдельно оштрафована на 1 млн руб.

После решения ФАС России

Еще раз о позиции Google

При первом поверхностном анализе содержания решения ФАС России бросает-

⁵² Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

ся в глаза беспомощность позиции Google. Представители Google сообщают сведения, которые компанию еще больше обличают (например, об отсутствии технической необходимости распространения сервисов GMS в пакете), либо сведения, не соответствующие действительности (например, об открытости ОС Android, о сильных пользовательских предпочтениях пакетного приобретения приложений, о границах товарного рынка).

Более четко раскроем позицию Google. Для этого рассмотрим опубликованное 17.11.15 обращение старшего юриста Google Теро Луко «Android: за свободу выбора в России» на официальном блоге Google⁵³. В этом заявлении перечислено 5 причин, почему Google не согласна с решением ФАС России и будет оспаривать его в суде.

В тот же день 17.11.15 представители Яндекс прокомментировали тезисы Google⁵⁴. Тезисы Теро Луко и антитезисы от Яндекс представлены в табл. 1.

Судебные решения

Тем не менее Google обратилась в арбитражный суд с заявлением к ФАС России о признании незаконным решения и предписания от 18.09.15 № 1-14-21/00-11-15.

Согласно решению Арбитражного суда г. Москвы от 15.03.16 по делу № А40-240628/15-147-1984 в ходе судебных слушаний судья Арбитражного суда г. Москвы Н. В. Дейна исследовал доминирующее положение группы лиц Google на рынке предустанавливаемых приложений для ОС Android, опираясь на представленный ФАС России аналитический отчет анализа состояния конкуренции на рассматриваемом рынке.

⁵³ Теро Луко. Android: за свободу выбора в России. URL: <https://russia.googleblog.com/2015/11/android.html> (дата обращения: 29.09.2016).

⁵⁴ URL: <https://vc.ru/p/google-spor> (дата обращения: 29.09.2016).

В судебное заседание представители компании Google явились и поддержали заявленные требования, ссылались на то, что в действиях организаций отсутствует состав антимонопольного правонарушения, поскольку давалась оценка действиям при анализе лицензионных соглашений, что недопустимо в силу ч. 4 ст. 10 Закона О защите конкуренции. Не установлены признаки доминирующего положения заявителей на территории Российской Федерации. Договоры с производителями заключались на добровольной основе. Не установлены негативные последствия от приведенных ответчиком действий, повлекшие ограничение конкуренции. Представлены письменные пояснения, дополнительные доказательства, приобщенные к материалам дела.

Представители ФАС России в судебное заседание явились, с заявленными требованиями не согласны, ссылаются на то, что в ходе проверки, проводимой по жалобе ООО «ЯНДЕКС», выявлены в деятельности Google Inc. и Google Ireland Ltd. признаки антимонопольного правонарушения, установленного ч. 1 ст. 10 Закона О защите конкуренции.

Представители Яндекс явились в судебное заседание, поддержали правовую позицию ФАС России в полном объеме, представлен отзыв. Суд, выслушав доводы сторон, исследовав материалы дела, пришел к выводу, что требования не подлежат удовлетворению по следующим основаниям.

Оспариваемым решением от 18.09.15 по делу № 1-14-21/00-11-15 ФАС России признала компании Google Inc. и Google Айрланд Лимитед нарушившими ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, что выразилось в предоставлении контрагентам — производителям мобильных устройств для предустановки на мобильные устройства, предназначенные для введения в оборот на территории Российской Федерации, под управлением операционной системы Android, магазина приложений Google Play при условии обязательной предустановки совместно

с магазином приложений Google Play совокупности иных приложений; обязательной предустановки на мобильные устройства или настройки на мобильных устройствах совместно с магазином приложений Google Play в качестве поисковой системы по умолчанию; обязательного размещения предустанавливаемых совместно с магазином приложений Google Play иных приложений Google строго в определенных Google местах на экране мобильного устройства; соблюдения запрета на предустановку приложений, продуктов, сервисов, разработанных иными хозяйствами.

Судом сделан вывод, что данные действия организаций заявителей, занимающих доминирующее положение на рынке предустановленных магазинов приложений, повлекли нарушения, ограничения прав конкурентов, являющихся разработчиками приложений на смежных рынках, что выражается в отказах производителей мобильных устройств размещать приложения иных хозяйствующих субъектов.

Согласно ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции запрещаются действия (бездействия) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции или ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга лиц потребителей.

В ходе судебного заседания суд исследовал доминирующее положения группы лиц Google Inc. и Google Айрланд Лимитед на рынке предустанавливаемых магазинов приложений для ОС Android.

В подтверждение доминирующего положения заявителей ответчиком на обозрение из материалов антимонопольного дела представлен *аналитический отчет анализа состояния конкуренции на рынке предустанавливаемых магазинов приложений для ОС Android, локализованных для России*. Суд принимает приведенные в отчете

Таблица 1. Тезисы Google и комментарии Яндекс⁵⁵

Table 1. Google's theses and Yandex's comments

Google	Яндекс
<p>Выбор производителя</p> <p>Во-первых, ни один из существующих производителей устройств не обязан устанавливать приложения Google вместе с платформой Android. Это открытая и бесплатная платформа, и производитель может использовать ее так, как захочет. В России представлено множество мобильных устройств самых разных марок, например ZTE, Xiaomi, Hiseer и др. Они работают на базе Android, и их производители не устанавливали приложения Google. Компания Яндекс заключала соглашения с рядом производителей по предустановке своих приложений на устройства, на которых не было приложений Google. Android — это свобода выбора и открытая конкуренция, и это здорово</p>	<p>Нет выбора производителя</p> <p>Google смещает акценты и не рассказывает всю правду до конца. Примеры, которые приводит Google сегодня, это устройства, которые либо на самом деле выпускаются с сервисами Google (ZTE), либо ориентированы на Китай (Xiaomi, Hiseer). Подавляющее большинство производителей выпускают устройства с Google Play: они согласились на запреты Google, и одновременно с этим они не могут договариваться с другими компаниями — ни о предустановке поиска по умолчанию, ни о предустановке сервисов на главных экранах телефонов, ни о выпуске устройств без Google Play, а в некоторых случаях есть полные запреты на работу с конкурентами Google.</p> <p>Кстати, ФАС России спрашивала Google о присутствии в России смартфонов и планшетов на Android без Google Play и GMS. Но Google не смог подтвердить, что в России существует хоть сколько-нибудь значительное количество таких устройств.</p> <p>Обратите внимание, что «Яндекс» не говорил о связывании мобильной операционной системы Android с сервисами Google, мы говорили о связывании незаменимого на сегодняшний день Google Play с другими сервисами Google. Google Play незаменим, потому что создан глобальным игроком, ни один локальный игрок не может создать платформу сравнимого масштаба</p>
<p>Множество способов установки приложений</p> <p>Во-вторых, в отличие от мобильных устройств Apple, Android предоставляет пользователю множество способов установки приложений, включая возможность скачивать и устанавливать приложения со сторонних сайтов и магазинов. Выбор, доступный пользователю Android, невозможен на других платформах</p>	<p>Важен рынок предустановленных приложений</p> <p>Google замалчивает, что предустановка — самый главный и самый эффективный канал донесения мобильных сервисов до пользователя. Этот факт подтверждали представители Google на заседаниях в ФАС России</p>
<p>Большое количество предустановленных приложений</p> <p>В-третьих, даже если производитель предустанавливает приложения Google, он может установить на устройство и конкурирующие приложения. Многие так и поступают. Новый телефон Samsung Galaxy S6 — яркий пример открытости и широкого выбора, который предоставляет платформа Android производителям и пользователям. В этом смартфоне вы найдете сразу несколько предустановленных приложений, конкурирующих с Google</p>	<p>Запрет предустановки альтернативных приложений</p> <p>Google замалчивает запрет предустановки альтернативного поиска по умолчанию. На Samsung Galaxy S6, как и на всех телефонах с GMS, есть только поиск по умолчанию от Google, альтернативные поиски запрещены к предустановке в качестве сервиса по умолчанию.</p> <p>Вы никогда не найдете телефон или планшет на Android с Google Play и GMS, где стоит другой поиск по умолчанию (а такие устройства занимают больше 90% рынка Android-устройств в России). Что касается других сервисов, представители Google на заседаниях ФАС России не отрицали, что в отдельных случаях может применяться и полный запрет на предустановку отдельных конкурентов</p>

⁵⁵ Сформированы авторами по <https://russia.googleblog.com/2015/11/android.html>, <https://vc.ru/p/google-spor?>

Окончание табл. 1

Google	Яндекс
<p>Простота скачивания и установки приложений</p> <p>В-четвертых, чтобы скачать приложение из Play, пользователю нужно лишь пару раз коснуться экрана устройства. Эра сложных и длительных загрузок программного обеспечения давно закончилась. Сегодня доступно более миллиона приложений для Android, и средний пользователь устанавливает на устройство несколько десятков. В мае мы официально объявили о более чем 50 миллиардах установок только за прошедший год. В России, по данным App Annie, приложения Yandex находятся на втором месте по количеству скачиваний в iOSAppStore и Play (в период с марта по июнь 2015 г.)</p>	<p>Важен рынок предустановленных приложений</p> <p>Пример Google о скачивании доказывает популярность сервисов Яндекса, но для массовых сервисов скачивание по охвату аудитории несопоставимо с предустановкой. Эффективность предустановки подтверждает и Google, и замеры Яндекса. Непонятно, почему предустановку должен контролировать только один разработчик приложений — Google</p>
<p>Удобство использования</p> <p>И наконец, в-пятых, если производитель устанавливает пакет приложений Google, нам важно, чтобы сразу по извлечению из коробки в руках у потребителя оказалось полностью функциональное устройство. Мы хотим, чтобы вы легко находили нужные приложения в телефоне и пользовались различными удобными функциями. Наши приложения эффективно работают вместе, чтобы использование устройства было для вас комфортным с момента покупки</p>	<p>Власть Google</p> <p>Производители должны руководствоваться не запретами владельца Android, а предпочтениями пользователей. Функциональность мобильного устройства не связана с сервисами Google или какого-то другого конкретного разработчика. Пользователям нужны карты, почта, возможность поиска в Интернете, и ценность выбора как раз в том, что пользователь сам должен решать, какими приложениями он может и хочет пользоваться</p>

выводы о доминирующем положении организаций заявителей на рассматриваемом рынке.

Приведенные заявителями доводы о том, что неверно определены границы рынка, поскольку приобретение и реализация продукта производятся иностранным производителям, не обоснованны.

В рассматриваемом отчете рассматривалась реализация продукта иностранными производителями устройств в процентном соотношении на территории Российской Федерации. Ссылка на то, что магазин приложений Google Play не является товаром, опровергается представленными соглашениями о его реализации и продвижении заявителями.

Доводы о том, что неверно произведен расчет объема товарных рынков и долей хозяйствующих субъектов, поскольку не представлены документы производителей, кото-

рыми руководствовался контрольный орган при их расчете, не принимается судом. Данный вопрос относится к компетенции антимонопольного органа.

Каких-либо доказательств, свидетельствующих о том, что не были учтены производители, у которых значительная доля реализации рассматриваемого товара, или иные значимые обстоятельства, заявителями не представлено. Само наличие сомнений не свидетельствует о необоснованности отчета.

Представленные заявителями отчеты по вопросу исследования доминирующего положения организаций-заявителей судом не принимаются, поскольку выводы были сделаны специалистами без учета материалов антимонопольного дела.

Что касается вопроса исследования ФАС России смежного рынка, где и выявлено нарушение прав конкурирующих организаций,

то антимонопольным законодательством не установлен обязательный порядок их исследования, по данному вопросу суд принимает правовую позицию, изложенную в том числе в постановлении ВАС РФ от 11.12.12 № 3660/12. Судом в ходе рассмотрения дела подробно исследовались доказательства по каждому приведенному антимонопольным органом нарушению. В подтверждение выявленных нарушений антимонопольным органом представлены в ходе судебного разбирательства договоры MADA и RSA, а также переписка третьего лица с производителями по вопросу установки приложений для ОС Android и письма производителей, представленные по запросу ФАС России в ходе проверки.

Суд, проанализировав доказательства, письма производителей, условия типовых договоров MADA, RSA, приходит к выводу, что приведенные ответчиком нарушения антимонопольного законодательства в полном объеме нашли свое подтверждение в действиях организаций заявителей. В нарушение положений ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции имело место установление условий, запрещающих действий в отношении конкурентов в договорах MADA и RSA заявителями для производителей путем использования доминирующего положения на рынке предустанавливаемых магазинов приложений Google Play. В некоторых договорах указывалось, в отношении каких конкретно конкурентов установлены запреты и ограничения по размещению их приложений.

Основные вопросы при рассмотрении дела возникли при исследовании первого и второго выявленных ФАС России нарушений. Суд, проанализировав приведенные нарушения, приходит к выводу, что в этой части обоснованно выявлены ограничения конкуренции. В данном случае, реализуя магазин приложений Google Play, заявители связывали с его реализацией обязательное приобретение иных приложений, в том числе реализацию в качестве поисковой системы по умолчанию, при этом оговаривая

место размещения и иные преимущества. Вместе с тем связывание реализации товара, приобретение которого обязательно с учетом его уникальности, производителям с реализацией иных приложений, программ, по которым имеет место конкуренция, субъектом, занимающим доминирующее положение, однозначно свидетельствует об ограничении конкуренции. В данном случае суд принимает пояснения ответчика, что производители не будут приобретать приложения, которые ранее уже приобретены пакетом при приобретении магазина приложений Google Play, даже если они лучше по качеству, в силу их дублирования и дополнительных затрат. Об этом также свидетельствует представленная на обозрение суда переписка с производителями. Доводы заявителей о том, что потребители при приобретении товара имеют возможность решить вопрос о постановке поисковой системы по умолчанию иного производителя самостоятельно в том поле, где им удобно, не свидетельствует о том, что изначально не нарушаются права конкурентов, занимающихся реализацией аналогичных систем. Иные выявленные нарушения подтверждены документально в полном объеме.

Суд, проанализировав условия договоров MADA, пришел к выводу, что приведенные Google доводы о том, что оценку указанным соглашениям нельзя давать с учетом законодательства Российской Федерации, не принимается судом. В данном случае рассматривается спор, связанный с защитой конкуренции, и антимонопольное законодательство Российской Федерации применяется к соглашениям, достигнутым в том числе иностранными лицами в силу ст. 2, 3 Закона о защите конкуренции.

Доводы Google о неверной квалификации антимонопольного правонарушения по ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, не обоснованны. Применение ст. 11 Закона о защите конкуренции применимы при соглашении между хозяйствующими субъектами — конкурентами. В рассматриваемом

случае производители, с которыми заключены рассматриваемые соглашения, являются приобретателями товара и зависимой стороной при заключении сделки, поскольку приобретается товар, которому нет аналогов в мире, и условия устанавливает продавец. В связи с этим доводы о полной свободе договора не принимаются. Иные доводы заявителей не свидетельствуют о неправомерности оспариваемого решения.

Что касается последствий от выявленных ФАС России нарушений, то они также подтверждены документально, в том числе представленной в материалы дела перепиской третьего лица с производителями, а также соглашениями, прямо запрещающими производителям приобретать приложения конкурентов. Поскольку рассматриваемое решение ФАС России обоснованное, оспариваемое предписание об устранении выявленных нарушений подлежит исполнению.

Итак, Google выражает несогласие с выводами и решениями Федеральной антимонопольной службы в части определения продуктовых границ рынка, расчета емкости рынка и определения долей хозяйствующих субъектов, в части отказа в иммунитете по распространению интеллектуальной собственности. Но просто заявить несогласие мало. Google должна была предоставить аргументы, подтверждающие альтернативную позицию: если ФАС России неправильно выбрала продуктовые границы рынка, Google должна была предложить свои версии границ, емкость и структуры рынка.

Но в судебном разбирательстве в марте 2016 г. Google не приводит ни одного нового аргумента по сравнению с позицией Google в августе 2015 г., изложенной перед ФАС России.

Важно отметить, что Google не использовала известный аргумент о том, что потери общественного благосостояния от принуждения Google к изменению своей практики (к отдельной дистрибуции приложений) будут превышать те потери общественного

благосостояния, которые связаны с лучшими практиками. То есть ни Яндекс, ни Google, ни суд, ни ФАС России не попытались определить экономические потери от антиконкурентных практик Google по сравнению с выигрышами потребителей от осуществляемой практики.

Апелляционная инстанция

Постановлением 9ААС от 19.08.2016 по делу № А40-240628/2015 Девятый апелляционный арбитражный суд поддержал выводы Арбитражного суда первой инстанции о законности решения ФАС России, признавшего производителя операционной системы Google нарушителем ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции⁵⁶. В подтверждение доминирующего положения Google ФАС России был представлен аналитический отчет анализа состояния конкуренции на рынке предустанавливаемых магазинов приложений для ОС Android, локализованных для России. Суд согласился с выводами, приведенными в отчете.

В апелляционную инстанцию Google подготовил довод, что ФАС России неверно определены границы рынка, поскольку приобретение и реализация продукта производится иностранными производителями, что суд посчитал необоснованным, так как в отчете рассматривалась реализация продукта иностранными производителями устройств в процентном соотношении на территории Российской Федерации. Новым, но не лучшим, был аргумент Google, что магазин приложений Google Play не является товаром. Суд опровергает его представленными договорами о реализации и продвижении магазина приложений Google Play.

Итак, Android признан частично закрытой системой. Этот вывод можно транслировать остальным антимонопольным ведомствам. Так объясняется переговорная власть Google над вендорами. Этот факт, равно

⁵⁶ URL: <http://www.rospravo.ru/files/news/a5ab050e08f50f3b76f09e9939784c1d.pdf>

как и включение Google особых условий в MADA-договор, уже достояние информированной общественности.

ФАС России признала Google доминирующим субъектом на российском рынке магазинов приложений, предустановленных на Android-устройствах. Есть гипотеза, что подобный же вывод о статусе Google следует ожидать в отношении большинства национальных рынков (разных по географическим границам), за исключением Китая, где продукция Google не распространяется.

Почему компания Google проиграла дело в ФАС России и в судах?

По существу, в деле против Google было 2 обличающих компанию обстоятельства, которые напрямую приводят к выводу о ее виновности. Это базовые аргументы, которые компании следовало бы оспорить или хотя бы подвергнуть сомнению:

- 1) фактическая закрытость операционной системы Android;
- 2) ограничивающие условия для производителей Android-устройств.

В сущности, Google должна отказываться от преобладающей трактовки обстоятельств и предлагать регулятору убедительные альтернативные объяснения. Но в этом смысле положение Google заведомо имеет стратегический недостаток, который будет сопутствовать всем последующим антимонопольным расследованиям отношений Google с производителями мобильных Android-устройств. К моменту вынесения ФАС России своего решения Google уже внутренне согласилась с тем, что компании придется признать и закрытость операционной системы Android, и принуждение производителей Android-устройств к особым условиям, потому что об этом известно мировой общественности. Дело в том, что в сентябре 2012 г. и октябре 2013 г. на специализированном интернет-ресурсе Arstechnica.com были размещены публикации, объясняющие, какими средствами и способами Google ограничивает распространение и использование опе-

рационной системы Android, имеющей исходный код в открытом доступе⁵⁷.

Осенью 2014 г. в Интернет «утекла» новая форма MADA-соглашения компании Google с производителями мобильных Android-устройств. Из анализа текста контрактной формы следовало, что в целом участие производителей Android-устройств в соглашении MADA имеет «не добровольный» характер. Выяснилось, что Google, «закрыв» операционную систему Android, действительно доминирует над производителями мобильных Android-устройств. В частности, были раскрыты специальные условия, ограничивающие действия производителей Android-устройств⁵⁸. С тех пор (осень 2014 г.) для Google отрицание и опровержение обвинений в принуждении производителей смартфонов и планшетов становится более трудным, чем умолчание.

Поэтому, отдавая должное ФАС России в части проведенного исследования действий компании Google и принятого решения, можно сделать вывод, что на момент рассмотрения дела и принятия решения ФАС России в открытом доступе в Интернете находилось достаточно информации для квалификации действий Google как злоупотребления доминированием в целях ограничения конкуренции, что является нарушением Закона о защите конкуренции. Другими словами, несмотря на беспрецедентный характер дела, для его решения ФАС России достаточно было провести интернет-поиск на заданную тему среди имеющихся англо-

⁵⁷ См.: *Brodkin J.* Google blocked Acer's rival phone to prevent Android «fragmentation» URL: <http://arstechnica.com/gadgets/2012/09/google-blocked-acers-rival-phone-to-preventandroid-fragmentation/> (дата обращения: 29.09.2016) и *Amadeo R.* Google's iron grip on Android: Controlling open source by any means necessary. URL: <http://arstechnica.com/gadgets/2013/10/Googles-iron-grip-on-android-controlling-open-source-by-any-means-necessary/1/> (дата обращения: 29.09.2016).

⁵⁸ URL: <http://ausdroid.net/2014/09/28/google-updated-mobile-application-distribution-agreement/> (дата обращения: 29.09.2016)

зычных публикаций на специализированных интернет-ресурсах.

Более того, большую часть доказательной работы за ФАС России проделала заявитель жалобы — компания Яндекс.

Copyright vs. Antitrust

Отдельный интересный сюжет:

- как компания Google пыталась защититься от антимонопольных обвинений, используя «правовой иммунитет» для отношений интеллектуальной собственности;
- как ФАС России и Высший Арбитражный суд Российской Федерации аргументировали отказ от применения этого «иммунитета».

Google рассматривала передачу вендорам GMS как действие по осуществлению прав на объекты интеллектуальной деятельности, на которые распространяется исключение, предоставленное российским антимонопольным законодательством (п. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции).

Но ни Комиссия ФАС России, ни судья не согласились с такой трактовкой Google. Решение ФАС России следующее: «Вопреки доводам Google в настоящем деле не может быть применено исключение, предусмотренное частью 4 статьи 10 Закона «О защите конкуренции». GMS не является единым объектом исключительных прав (не является программным комплексом, одной программой, мультимедийным продуктом или составным производением), а ограничения, устанавливаемые Google, выходят за пределы осуществления исключительных прав на отдельные приложения Google. Соответствующие доказательства также были представлены Яндекс в материалы дела. Так, GMS объединяет в себе три группы составляющих:

- магазин приложений Google Play — прикладная программа, предназначенная для поиска, приобретения, установки и обновления различных приложений;
- ряд дополнительных приложений — прикладных программ;

- набор системных программ (Google Play Services), которые решают задачи в различных предметных областях.

Каждая указанная программа выполняет собственную законченную функцию. Их система не образует программный комплекс, по этой же причине GMS не является составным производением с позиции ст. 1260 ГК РФ. Самостоятельным объектом исключительных прав является каждая конкретная программа для ЭВМ (приложение), осуществление исключительных прав на которые охватывает только действия по использованию данной программы, но не весь процесс коммерческой деятельности, связанный с ним. Соответственно в предмет договора, оформляющего предоставление права использования программы для ЭВМ, может включаться только описание пределов использования программы. Любые иные вопросы взаимоотношений сторон, которые также может урегулировать лицензионный договор, будут выходить за пределы лицензионных правоотношений. Эта позиция основана на положениях применимого гражданского законодательства и поддерживается судебной практикой⁵⁹.

Равным образом Комиссией ФАС России не был принят во внимание довод Google о том, что «правомерность требований относительно размещения и настройки приложений GMS обусловлена осуществлением Google исключительного права на товарные знаки, зарегистрированные и охраняемые в отношении приложений и веб-сервисов GMS, поскольку осуществление исключительного права на каждый из товарных знаков ограничено описанием пределов использования такого товарного знака. Более того, Google не представила доказательств регистрации предоставления права использования в отношении каких-ли-

⁵⁹ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

бо товарных знаков, которые, по мнению Google, были предоставлены производителям. В соответствии с п. 6 ст. 1232 ГК РФ в этом случае предоставление исключительного права считается несостоявшимся, что не позволяет вести речь об осуществлении исключительных прав на какие-либо товарные знаки. В дополнение к этому необходимо отметить, что Google не оспаривает, что исключение, предусмотренное п. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции, не распространяется на действия в отношении товара, произведенного с использованием исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности. Рассматриваемые действия Google в первую очередь создают запрет вендорам на производство и продажу своих устройств в случае, если вендоры не соблюдают все ограничительные практики, применяемые Google. Более того, в рассматриваемой ситуации речь идет об ограничениях и запретах, которые устанавливаются Google в отношении программ для ЭВМ третьих лиц (как то — запрет пред-установки программ — конкурентов Google на тех же условиях, что и приложения из пакета GMS), т. е. на действия, совершаемые в отношении объектов, право на использование которых не предоставляется по договору. Поскольку речь идет о программах для ЭВМ третьих лиц, это означает, что ни одна из сторон договора не имеет исключительного права на эти программы, а следовательно, данный запрет вообще не связан с действием исключительного права или его осуществлением⁶⁰.

Позиция ФАС России подкрепляется решением Московского арбитражного суда, из которого следует, что компанией Google приведены доводы о том, что договоры MADA являются лицензионными, по ним передавались лицензии со сроком действия

⁶⁰ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.09.2016).

в отношении прав интеллектуальной собственности производителям, в связи с чем в силу ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции требования настоящей статьи не распространяются на рассматриваемые правоотношения.

Суд, проанализировав условия договоров MADA, приходит к выводу, что данными соглашениями урегулированы как вопросы лицензирования, так и вопросы поставки, распространения, внедрения продукта с определением ограничительных условий именно в части распространения. Поскольку договоры MADA являются смешанными, условия, не относимые к лицензионным, должны соответствовать установленным антимонопольным законодательством требованиям. В данном случае суд принимает во внимание правовую позицию, изложенную в постановлении ВС РФ от 09.11.15 № 305-КГ15-7123. Кроме того, представленные договоры RSA, которые заключены компанией Google Айрланд Лимитед, не являющейся правообладателем товарных знаков, связанных с использованием GMS, не регулируют лицензионные правоотношения, также содержат рассматриваемые запреты и ограничения в отношении организаций конкурентов⁶¹.

Суд поддержал мнение антимонопольного органа, что исключение, предусмотренное ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции, не может применяться, поскольку самостоятельным объектом исключительных прав является каждая конкретная программа для ЭВМ (приложение), осуществление исключительных прав на которую охватывает только действия по использованию данной программы, но не весь процесс коммерческой деятельности, связанный с ним. В предмет договора, оформляющего предоставление права использования программы для ЭВМ, может включаться только описание пределов использования программы.

⁶¹ <http://sudact.ru/arbitral/doc/eGhllk5Y2i61/> (дата обращения: 29.09.2016)

Любые иные вопросы взаимоотношений сторон, которые также может урегулировать лицензионный договор, будут выходить за пределы лицензионных правоотношений⁶².

Здесь ФАС России и Арбитражный суд г. Москвы демонстрируют то, что юристы еще со времен Юстиниана называют *contra legem* — обход закона через толкование его норм.

Приведем п. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции дословно:

«Требования настоящей статьи не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг».

Итак, иммунитет от антитраста касается действий по осуществлению прав интеллектуальной собственности (далее — ИС). Но Комиссия ФАС России подменяет «осуществление прав» «распоряжением и использованием прав».

В теории цивилистики «осуществление прав» имеет очень широкий объем понятия, включающий в себя и распоряжение (определение юридической судьбы объекта права), и использование (извлечение пользы из объекта) прав, но не исчерпывающийся ими. Осуществление права — это реализация возможностей, составляющих содержание права, превращение в действительность заключенных правомочий в праве. Применительно к интеллектуальной собственности осуществление права (помимо использования и распоряжения) может выражаться:

- в разрешении (запрете) использования объекта ИС;
- воспроизведении объекта ИС;
- введении экземпляра объекта ИС в гражданский оборот (или принятии реше-

⁶² http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/08b337ff-0700-4955-9f19-2e044b854ab9/A40-231638-2016_20161226_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf

ния о неготовности объекта ИС к введению в гражданский оборот).

В отношении патентов есть прямая правовая норма, установленная п. 2 ст. 1358 ГК РФ (дословно):

«Использованием изобретения, полезной модели или промышленного образца считается, в частности:

1) ввоз на территорию Российской Федерации, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец»

Также применительно к товарным знакам есть прямая правовая норма, содержащаяся в п. 2 ст. 1484 ГК РФ:

«Исключительное право на товарный знак может быть осуществлено (выделено авт.) для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака:

1) на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации;

2) при выполнении работ, оказании услуг;

3) на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;

4) в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе;

5) в сети «Интернет», в том числе в доменном имени и при других способах адресации».

Сложно представить, что действия Google в отношениях с производителями Андроид-

устройств имели какую-то совершенно иную экономическую природу, и что правовое содержание таких действий не приводит к «осуществлению прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг».

В таком контексте трактовка действий Google со стороны российских органов власти представляется неубедительной попыткой «обойти» содержащийся в российском антимонопольном законодательстве «иммунитет» для действий, осуществляющих права на объекты интеллектуальной собственности.

Предоставление правообладателям иммунитета к антимонопольному инфорсменту — крайне дискуссионный вопрос. Здесь не место обсуждать справедливость, эффективность и оптимальность исключения, данного действием п. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции. Важно, что это — прямая правовая норма действующего Федерального закона. И несмотря на то, как ФАС России и суды Российской Федерации к ней относятся, они не являются законодательными органами и не могут своими трактовками и решениями ее обходить.

Google, как Microsoft?

Это так очевидно

От опытного взгляда не могло укрыться сходство действий Google с тактикой Microsoft по защите от антимонопольных обвинений Европейской комиссии и ФТС США, адресованных владельцу Windows в 1999–2009 гг.

Тактический прием, с помощью которого Google реализовала рыночную власть над вендорами, очень похож на тактические операции Microsoft по связыванию и пакетированию своего ПО с ОС Windows. Microsoft, обладая доминирующим положением на рынке операционных систем для персо-

нальных компьютеров, с помощью навязывания производителям ПК невыгодной комплектации устраняла конкуренцию на рынках браузеров, дефрагментаторов диска, плееров, мессенджеров, иных программ специального функционала.

Тот факт, что тактика Google по снижению конкуренции на рынках отдельных приложений очень напоминает стратегию Microsoft по снижению конкуренции на рынках программ под Windows, отмечают как независимые эксперты (Эдельман, Доценко, Иванов), так и участники этой истории (Бакунов).

Так, Бокунов пишет: «Все это стремительно начинает напоминать мне историю с Windows. Вернемся на минуту в 1999 год и вспомним совершенно аналогичную ситуацию. Более 95% рынка персональных компьютеров работают под управлением Windows, неотъемлемой частью которого является браузер Internet Explorer 5 (а чуть позднее и если повезет — 5.5 и 6). Что мы знаем об этом браузере? То, что это был худший браузер в истории интернета. Технологические кандалы, в которых нас заставляли верстать вложенными таблицами. Даже сотрудники Microsoft признают, что это было ужасно».

В этом есть определенная историческая ирония. В 2000-х годах Google сама столкнулась с закрытым входом на рынок браузеров по Windows, т. е. испытала ограничения конкуренции в отношении своего браузера со стороны Microsoft. Тогда Google вместе с другими компаниями — разработчиками браузеров активно участвовала в разбирательствах против Microsoft. Тогда-то представители Google смогли в полной мере прочувствовать особенности реализации этой тактики «связывания» вендоров для снижения конкуренции на нисходящих рынках отдельных программ-дополнений.

Очевидно, что Google просто скопировала тактические уловки Microsoft по использованию доминирующего положения в операционных системах через принуждение партнеров по цепочке стоимости — вендо-

ров к заключению контрактов на условиях «связывания» или «невыгодной комплектации», вытесняющих всех возможных конкурентов с производного рынка предустановленных программ.

Переломным моментом стало решение Европейской комиссии в 2009 г., принудившее Microsoft при первом включении компьютера предлагать европейским пользователям для загрузки на выбор ряд браузеров. Это решение открыло для множества независимых разработчиков браузеров вход на рынок и подстегнуло развитие браузерных технологий. И согласно статистике использования браузеров, именно с 2009 г. начинается неуклонный рост использования браузеров Google Chrome, Mozilla Firefox и др. (см. график <http://gs.statcounter.com/#browser-ww-monthly-200808-201406>). Для более содержательного сравнения предпринимательских практик компаний Google и Microsoft следует раскрыть три важных концепции: эффект «узкого места»; практика связанных продаж и пакетирования, стратегический и тактический уровни конкурентного поведения.

Эффект «бутылочного горлышка»

Понятие «бутылочное горлышко» используется в теории систем, организационном и проектном менеджменте, технических науках и многих других областях знаний как формулировка проблемы структурирования.

«Бутылочное горлышко» — выражение, используемое для описания самого узкого места в системе (ситуации, расположении и т. п.), ограничивающего перемещение чего-либо, по аналогии с горловиной бутылки, диаметр которой не позволяет вылить или высыпать все ее содержимое сразу, даже если ее перевернуть. Из-за бутылочного горлышка часть чего-то, что должно было быть перемещено, либо вообще не перемещается, либо перемещается дольше, чем это было бы возможно, если бы перемещено должно было быть меньшее количество,

в результате чего возникает затор. В применении к компьютерам обычно используется для указания на компонент (аппаратный или программный), являющийся ограничителем производительности системы⁶³.

В общем смысле «бутылочное горлышко» — это такой структурный элемент системы, при котором взаимодействия (операции) проходят через очень узкое место в системе. «Узкое место» — явление, при котором производительность или пропускная способность системы ограничена одним или несколькими компонентами или ресурсами⁶⁴. Эффект «бутылочного горлышка» — принцип, объясняющий закономерность, согласно которой пропускная способность определенного элемента (критического компонента) ограничивает пропускную способность всей системы (сети, цепочки процессов).

В бизнесе этот принцип объясняет верхние границы производительности и помогает выявить самое слабое или самое интенсивно используемое звено цепочки (добавленной стоимости).

Вот как описывает значение этого термина в ТОС (Теории ограничения систем Э. Голдрата) Одет Коуэн — международный директор Goldratt Schools, в своем интервью журналу «Умное производство»:

«Бутылочное горлышко» — это станок или ресурс, мощности которого не хватает, чтобы удовлетворить весь имеющийся на него спрос. Когда к этому пониманию пришли, менеджеры научили оценивать влияние «бутылочных горлышек» на уровень деятельности производства, и, следовательно, на результаты деятельности всей организации. Это потребовало разработки программного обеспечения, которое помогло бы менеджерам управлять производственным потоком с учетом знаний о крайней

⁶³ https://ru.wikipedia.org/wiki/Бутылочное_горлышко (дата обращения: 29.09.2016).

⁶⁴ https://ru.wikipedia.org/wiki/Узкое_место (дата обращения: 29.09.2016).

важности «бутылочных горлышек». Концепция «бутылочного горлышка» была краеугольным камнем ОПТ — программного обеспечения для планирования и контроля над производством. Влияние, оказываемое «бутылочным горлышком» на всю систему, было выражено положением: «Час, потерянный в «бутылочном горлышке», — это час, потерянный для всей системы». Целью программного обеспечения было обеспечить условия, при которых мощность «бутылочных горлышек» использовалась бы максимально, тогда как от ресурсов, не являющихся ими, ожидалось обеспечение «бутылочных горлышек» нужными деталями или заготовками в нужное время, а также обеспечение того, чтобы детали, прошедшие «бутылочные горлышки», максимально быстро добрались до зоны отгрузки.

Стремление менеджеров (и от них этого ожидают) — повышение уровня деятельности подразделений, находящихся в зоне их ответственности. На самом деле для компании иметь «бутылочное горлышко» — это благо в части управления. Наличие «бутылочного горлышка» говорит о том, что рынок хочет купить у этой компании больше, чем она способна произвести. Именно уровень деятельности «бутылочных горлышек» определяет финансовый результат деятельности компании. Это дает менеджерам четкий фокус приложения их усилий — обеспечение того, чтобы «бутылочные горлышки» работали «полным ходом».⁶⁵

«Узкое место» — явление неизбежное. Его можно расширить, добавить ему ресурсов, но в результате такого расширения «узким местом» станет другой элемент системы, т. е. от «бутылочного горлышка» нельзя полностью и окончательно избавиться, его

можно лишь перенести в другую часть системы.

В теории организации решение проблемы «бутылочного горлышка» является одним из преимуществ перехода от функциональной структуры к дивизиональной. При функциональной структуре организации преимущественно развиваются вертикальные связи. И когда в операционной деятельности на разных уровнях организации возникают проблемы узких мест, они поднимаются до высшего руководства организации, что отвлекает топ-менеджеров от стратегических вопросов. Напротив, при дивизиональной организационной структуре появляется большое количество менеджеров с общими обязанностями. Это приводит к тому, что проблемы узких мест решаются на тех же уровнях организации, на которых возникают. Таким образом, проблемы «бутылочного горлышка» не доходят до верхних уровней управленческой иерархии, а решаются на этом же узком месте.

В теории двусторонних рынков «бутылочное горлышко» — это узкое место, которое контролируется владельцем многосторонней платформы и через которое две стороны рынка (потребители и комплементоры) взаимодействуют. Многосторонняя платформа представляет собой некоторые «ворота», через которые комплементоры могут получить доступ к потребителям, а владелец платформы выполняет одновременно несколько функций. Как отмечает Коваленко [Коваленко, 2016], «фирмы, организующие многосторонние платформы, реализуют следующие функции:

- магнита, привлекающего и удерживающего пользователей одной или обеих сторон;
- сторожа — охранника у входа на рынок (фильтра, осуществляющего положительный отбор, соблюдающий стандарт взаимодействия высокого качества);
- собирателя, анализатора и источника рыночной информации;

⁶⁵ Управление по принципам ТОО как решающее конкурентное преимущество машиностроительного производства. Часть 2 // Умное производство. 2011. Апрель. Цитируется по: Url: http://www.umpro.ru/index.php?page_id=17&art_id_1=244&group_id_4=9 (дата обращения: 29.09.2016).

- сводника (мачмейкера) — дизайнера рынка и создателя устойчивого распределения между сторонами;

- посредника — представителя;

- гаранта — поручителя для одной или обеих сторон;

- инновационной мастерской с инструментарием для коллаборации;

- лидера-инноватора, задающего, соблюдающего и распространяющего высокие стандарты инноваций» [Коваленко, 2016].

Опираясь на двустороннем рынке, владелец многосторонней платформы не только устанавливает асимметричную структуру цен, привлекающих субъектов обеих сторон рынка. Такая компания может использовать свое доминирующее положение для извлечения с обеих сторон рынка монопольной прибыли, которая может расти с учетом присутствующих между сторонами положительных сетевых эффектов и увеличением числа как потребителей, так и комплементоров.

Шелански применительно к цифровым платформам (и компании Google в частности) очерчивает три степени монополизации:

- классический монополист;

- монополист с «бутылочным горлышком»;

- монополист с цифровой платформой.

Шелански пишет: «Бутылочное горлышко доступа ко всему потенциально может забирать долю со всего и осуществлять некоторый контроль над всем. В то время как типичный монополист контролирует свои продукты и услуги, типичный монополист «бутылочного горлышка» одновременно контролирует доступ к своим собственным сервисам и может влиять на доступ к некоторому количеству других продуктов и услуг. Таким образом, монополист с цифровой платформой контролирует свои собственные продукты или услуги, так же как и доступ к гораздо более широкой вселенной продуктов или услуг; он влияет на ре-

шения гораздо более широкой вселенной пользователей» [Shelanski, 2013].

Здесь эффект «узкого места» из концепции, способствующей повышению системной производительности и устойчивости, превращается в принцип обеспечения монополизации и злоупотребления доминированием, заключающийся в том, чтобы поддерживать системные ограничения доступа к информационным и денежным потокам, и так их структурно организовать, чтобы они проходили через «узкое место», находящееся в сфере контроля владельца многосторонней платформы (рис. 1).

Задача такого субъекта — контролировать узкое место информационных (денежных) потоков и процессов («бутылочное горлышко» экономических, рыночных и иных информационных сигналов) так, чтобы все пользователи платформы признали и приняли фундаментальную управляющую роль доминирующей компании — владельца платформы. Так цифровая платформа ограничивает поведение экономических агентов, удерживая власть над ними.

В идеале функциональная задача платформы как провайдера рыночной площадки, напротив, в том, чтобы это узкое место расширить, для того чтобы можно было обеспечить большее количество разных экономических взаимодействий между сторонами. Но изменяя структуру системы (архитектуру платформы), можно настолько широко раздвинуть «горлышко бутылки», что часть транзакционных потоков выйдут из-под контроля владельца платформы, перестанут контролироваться и учитываться самой платформой. И выбирая между увеличением интенсивности взаимодействия путем расширения «узкого места» (в интересах пользователей платформы, участников экосистемы) или удержанием контроля над торговой площадкой, над производным онлайн-рынком дополнений (в своих интересах), владельцы платформ чаще выбирают последнее.



Рис. 1. Операционная система как «узкое место»

Fig. 1. Operating system as a «bottleneck»

Связанные продажи и пакетирование

Связанные продажи (*tying*) и пакетирование (*bundling*) — название распространенной маркетинговой практики, когда товары и услуги продаются вместе в одном комплекте. Такое рыночное предложение, как правило, бывает очень выгодно покупателям, так как:

- этим способом продаются дополняющие товары (совместное потребление которых повышает потребительскую полезность);
- цена связки или пакета бывает ниже суммы среднерыночных цен этих товаров при их отдельных продажах (либо дополнение к основному товару прилагается бесплатно);
- это упрощает выбор покупателя, снижая издержки поиска лучшей цены и иные транзакционные издержки.

Например, компьютер и программное обеспечение, плеер и наушники, мобильный телефон и контракт оператора сотовой связи, билет «туда» и билет «обратно», принтер

и картридж, бритвенный станок и лезвие, пневматический молоток и гвозди и др. Привязывание одного товара к другому и пакетирование могут вытекать из условий договора, а также обеспечиваться технической связью товаров. Фактически связанные продажи и пакетирование представляют собой однородные приемы, имеют единую логику и смысл и на практике реализуют общий принцип. В теории связанные продажи отличаются от пакетирования, которое разделяют на простое и комбинированное.

Связанные продажи — это сделка приобретения одного товара (сервиса) (основного, связывающего) под условием обязательного приобретения другого товара (сервиса) (дополняющего, навязанного). Обычно основной товар характеризуется тем, что не может быть с пользой потреблен без товаров-дополнений, но товары-дополнения могут быть приобретены без основного, т. е. образуют отдельный высококонкурентный рынок.

Простое пакетирование происходит тогда, когда происходит связанная продажа

товаров, ни один из которых не продается по отдельности.

Комбинированное пакетирование — когда, наоборот, каждый из связанных товаров можно купить отдельно. Оно редко приводит к ограничению конкуренции и является вариантом ценовой дискриминации второго рода.

Вопрос о противоправности пакетирования и связанных продаж, о выявлении и оценке их антиконкурентных последствий возникает только в том случае, когда продавец (производитель, провайдер) занимает доминирующее положение на рынке связываемого продукта и сталкивается с интенсивной конкуренцией на рынке дополнений (комплементов). В таком случае связанные продажи могут приводить к распространению рыночной власти на рынок дополнений, к вытеснению с него конкурентов-комплементоров.

Здесь покупатель намеревается купить связываемый товар и не намеревается купить навязанный товар, но вынужден это сделать. При этом производитель товара, конкурентного по отношению к навязанному покупателю, вытесняется с рынка и лишается права на честную конкуренцию. Ранее в США и Европе подобная практика со стороны доминирующего субъекта признавалась незаконной — сама по себе (*per se*) как прямо названная в законодательных актах (Акте Шермана и ст. 102 Договора о функционировании Европейского союза соответственно) и не требующая доказывания наличия антиконкурентных последствий для товарного рынка. Но сегодня в судебной практике по антимонопольным делам в отношении инновационных компаний, конкурирующих на рынках высокотехнологичных товаров и сервисов, наблюдается отход от принятия решений по формальным основаниям.

Стратегический и тактический уровни конкурентного поведения

Теория конкуренции выделяет три уровня конкурентного поведения предпринимательских субъектов: стратегический, такти-

ческий и ситуационный. Согласно Рубину [Рубин, 2015] «конкурентная стратегия служит участникам рынка способом формулирования наиболее важных задач по выживанию в конкуренции и обеспечению превосходства над соперниками, она становится ответом на долговременные вызовы рынка... Стратегия конкурентных действий не может быть применена участниками рынка не через тактику, а как-то иначе. Единственным способом реализации участниками рынка стратегических установок является преломление их в тактике, посредством постановки и осуществления тактических конкурентных задач. Долгосрочные цели, которые субъекты предпринимательства ставят перед собой в конкурентных стратегиях, преломляются в тактические задачи, выдвигаемые и адресуемые ими соперникам в каждом периоде взаимодействия с ними. Таким образом, эти задачи решаются с помощью конкурентных действий, выполняемых в соответствии не только со стратегией конкуренции, но и с ее тактикой. Конкурентные действия не могут быть разделены на стратегические и тактические. Действуя в режиме реального времени, участники рынка всегда входят в тактическое взаимодействие. Поэтому действия, которые они адресуют соперникам, являются тактическими. Но поскольку через них субъекты предпринимательства реализуют конкурентные стратегии, они одновременно являются стратегически обусловленными и стратегически значимыми. Так происходит всегда, если субъекты предпринимательства руководствуются здравым смыслом и стараются работать рационально. Поэтому тактика конкурентных действий становится способом каждодневного планомерного применения участниками рынка разработанных стратегий. Тактика конкурентных действий — это планомерное применение участниками рынка конкурентных стратегий... О тактике нужно говорить потому, что в жизни мы непосредственно наблюдаем тактику, а не стратегию. Поэтому пренебре-

жение тактикой конкурентных действий при изучении конкуренции обычно не дает возможности рассмотреть конкуренцию как живой процесс взаимодействия сторон» [Рубин, 2015].

Сходства и различия в конкурентных действиях Google и Microsoft

Какие сходства и различия наблюдаются в реализованных конкурентных действиях Google и Microsoft? (табл. 2).

В сопоставляемых тактиках Google и Microsoft различаются обстоятельства времени, места возбуждения дела, юрисдикции регулятора, товарные знаки и патенты на технологии, партнеры-вендоры, устройства. Интересным различием является тактический механизм реализации стратегического намерения — то, как произошло связывание потребителей (в табл. 2 Связывание / Сетевой эффект):

Google добивалась от вендоров предустановок GMS с приоритетным размеще-

нием исключения Яндекс и передавала вендорам Android и GSM.

Microsoft программным способом интегрировала в Windows функционал своих независимых программ, конкурирующих с другими дополнениями, — и передала такую операционную систему вендорам — производителям персональных компьютеров для предустановки на PC.

Сходства в сопоставляемых тактиках Google и Microsoft следующие:

1) функция платформы реализуется операционной системой частично закрытой архитектуры;

2) механизм воздействия — пользователю предустанавливается программа с бесплатным предложением отдельного и единичного функционала;

3) стратегические намерения — монополизация нисходящего рынка дополнения (прогрессного), защита монопольного положения на основном восходящем рынке (регрессном);

4) квалификация действий как злоупотребление доминирующим положением, ре-

Таблица 2. Сравнение тактических действий Google и Microsoft

Table 2. Comparison of tactical actions Microsoft and Google

Связывание (Сетевой эффект)	Microsoft — Евроком. 2008.	Google — ФАС России. 2015–2016
Стратегическая цель	Снижение конкуренции на нисходящем рынке дополнения	Снижение конкуренции на нисходящем рынке дополнения
«Горлышко бутылки»	Windows	Android
Связанные продажи	Intel + Windows + IE + WMP	Android + Google Play + > 20 apps GMS
Тактическая реализации — техническая	Microsoft технологически связала в единый программный комплекс операционную систему Windows, браузер IE, видео плеер WMP и другие сервисы	Google технологически связала в единый программный комплекс операционную систему Android с магазином приложений Google Play и GMS
Тактическая реализация — контрактная	Вендоры покупают Windows с интегрированными браузером IE, медиаплеером, коммуникатором, фрагментатором, утилиты и плагины	Вендоры вынуждены предустанавливать GMS, и соблюдать условия MADA-контракта (поиск Google приоритетное размещение на экране, отказ Яндексу)
Квалификация	Злоупотребление доминированием, принуждение к договору для ограничения конкуренции на рынке комплектов	Злоупотребление доминированием, принуждение к договору для ограничения конкуренции на рынке комплектов

зультатом которого являются недопущение, ограничение, устранение конкуренции.

Интересно, что реализация стратегического намерения происходила через: 1) тактические действия на уровне технологических изменений программного кода и 2) тактические действия по подготовке специальных контрактных условий соглашений, вынуждающих вендоров подчиняться власти доминирующей цифровой платформы. При этом важным рычагом, способствующим доминированию над вендорами, являются частично заблокированные модули операционной системы, т. е. фактически полузакрытый дизайн платформы (формально), программируемой на коде открытого доступа.

Как закрыть открытое?

Насколько выводы ФАС России о частично закрытом характере операционной системы, когда-то бывшей полностью открытой и доступной, согласуются с теорией и практикой экономическими и информационного развития и с мировой практикой антитраста?

Теоретическое обоснование закрыванию открытых платформ дал Т. Ву в книге «Центр управления: подъем и падение информационных империй». Ву утверждает, что «...история показывает типичную модель развития информационных технологий: от чьего-то хобби до чьей-то индустрии; от нелепой вещицы до уникального промышленного изделия; от пространства свободного доступа и оборота информации до жестко контролируемого одной корпорацией или картелем канала — от открытой системы к закрытой» [Wu, 2010]. Ву утверждает, что смена открытости на закрытость — это постоянная цикличная закономерность.

Особого внимания заслуживает практика Microsoft по изменению степени открытости Windows, описанная Йоффи и Кусумано: «Microsoft не меньше, чем Intel и Apple, зависела от смежных разработок. Если бы партнеры по экосистеме не создавали новый

хард, подстроенный под DOS или Windows, и не писали новых приложений для операционных систем Microsoft, клиентам незачем было бы покупать новые компьютеры и обновлять операционную систему. Спрос на Windows застыл бы в мертвой точке. Принимая эту взаимосвязь, Гейтс применил стратегию, которая на первый взгляд напоминала метод Гроува: оба руководителя вкладывались в экспериментальные технологии и вырабатывали единые стандарты, чтобы обеспечить эволюцию ПК и расширить рынок. Однако в действительности подход Гейтса представлял собой нечто среднее между стратегиями Гроува и Джобса. Intel почти бесплатно раздавала свои технологии, тогда как разработки Apple оставались дорогостоящими и эксклюзивными. В противовес этим крайностям Гейтс придал своей платформе достаточно «открытый» характер, чтобы у других компаний был стимул работать с Microsoft, однако многие аспекты своих технологий оставил закрытыми, в собственности компании.

Очевидно, что Гейтс с самого начала понимал, что делает. С одной стороны, ему было жизненно необходимо убедить другие компьютерные компании инвестировать в новые версии DOS, а затем — Windows. Начиная с выхода первой версии DOS в 1981 г. Microsoft поощряла такие инвестиции, приоткрывая доступ к инструментарию своих программистов. Опубликованной информации и образчиков кода бывало достаточно, чтобы производители могли собрать ПК, а разработчики ПО — написать приложения. Подобно Intel, Microsoft представляла инновации, которые шли на пользу всей отрасли, — например, технологии, облегчавшие работу в сети, или языки программирования, позволявшие копировать большие фрагменты кода, что значительно ускоряло процесс. Благодаря этим усилиям к концу 1990-х возникли миллионы приложений для Windows.

С другой стороны, Гейтс не хотел полностью открывать платформу Microsoft:

тогда потребителям стало бы проще переключиться на альтернативные технологии. В конце концов на рынке приложений Microsoft конкурировала с теми самыми компаниями, которым старалась помочь. В этом состязании у Гейтса и его команды имелось явное преимущество — они знали дорожную карту операционных систем Microsoft. Например, в середине 1980-х Microsoft получила серьезную фору, переписав Excel и Word для Windows, и отрыв от конкурентов еще увеличился, когда некоторые из них отказались иметь дело с новой платформой. Так, Джим Манци, CEO компании Lotus, заявил, что не станет переделывать табличный редактор Lotus 1-2-3 для Windows, поскольку считает Microsoft враждебной силой. Ошибка оказалась поистине роковой, и компания Lotus была поглощена IBM в 1995 г.

Несмотря на проблемы с законом, Microsoft извлекла огромную выгоду из «не совсем открытой» политики Гейтса. В отличие от Энди Гроува, вкладывавшего значительные средства в общее развитие отрасли, и от Стива Джобса, всеми силами боровшегося за эксклюзивность и полный контроль над продукцией Apple, Гейтс сумел найти золотую середину между двумя этими полюсами. Microsoft оставалась достаточно открытой платформой, чтобы привлечь тысячи «смежных» разработчиков и закрепиться на лидерских позициях в отрасли, но в то же время и достаточно закрытой, чтобы не потерять преимущества перед конкурентами»⁶⁶.

Компания Google закрывала Android постепенно разными способами:

- повышалась доля закрытого программного кода, причем по мере выпуска новых версий платформы Google сознательно заменяла разные ее функции своими собственными закрытыми решениями (например,

⁶⁶ Йоффи Д., Кусумано М. Искусство стратегии. Уроки Стива Джобса, Билла Гейтса и Энди Гроува. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2016. С. 132–134.

в 2012 г. это коснулось магазина приложений) [Доценко, Иванов, 2016];

- несмотря на то что Google изначально позиционировала Android как открытую платформу типа Linux, с которой любой разработчик может делать все что захочет, Google же стала всеми силами препятствовать успешности альтернативных версий Android, над которыми она терял контроль (например, операционная система Aliyun). Для этого компания разработала систему аккредитации так называемой Android-совместимости для мобильных устройств. Производителям мобильных устройств предлагалось выбрать: либо производить совместимые устройства, сертифицированные Google, либо производить любые другие устройства на платформе Android, которые не сертифицированы, но с которыми нельзя совмещать приложения Google⁶⁷;

— стандарты и протоколы, используемые в созданных компанией приложениях для Android (такие как Youtube, «Карты» и проч.), сознательно были разработаны таким образом, что не могли функционировать на не сертифицированных версиях платформы⁶⁸.

Еще имеется описание, сделанное антимонопольным отделом департамента юстиции США при согласовании сделки приобретения компанией Google компании Motorola. При описании рыночной власти, возникающей у Google в результате присвоения большого числа существенных для отрасли патентов на инновационные технологии, департамент юстиции США указывает, что в ряде случаев для ограничения конку-

⁶⁷ Brodtkin J. Google blocked Acer's rival phone to prevent Android «fragmentation» <http://arstechnica.com/gadgets/2012/09/google-blocked-acers-rival-phone-to-preventandroid-fragmentation/> (дата обращения: 29.09.2016)

⁶⁸ Amadeo R. Google's iron grip on Android: Controlling open source by any means necessary. Android is open — except for all the good parts. URL: <http://arstechnica.com/gadgets/2013/10/Googles-iron-grip-on-android-controlling-open-source-by-any-means-necessary/1/> (дата обращения: 29.09.2016)

ренции Google может использовать не только патенты, существенные для стандартов отрасли (*Standard Essential Patent*), но и вывод на рынок платформы в режиме открытой лицензии, что стимулирует формирование экосистемы — сообщества сторонних разработчиков и их желание вкладываться в развитие платформы, а позже изменение режима ее использования⁶⁹.

Такие опасения высказывал департамент юстиции США еще в начале 2013 г. Они подтвердились в решении ФАС России, признавшей Android частично закрытой операционной системой.

Проблематика антимонопольного инструмента

Правило «невзвешенного» подхода

Согласно Бюллетеню о развитии конкуренции Аналитического центра при Правительстве РФ «Антимонопольное регулирование двусторонних рынков: постановка проблемы» решения антимонопольных ведомств могут как оказывать стимулирующее воздействие на поведение хозяйствующих субъектов, так и сдерживать их развитие⁷⁰.

Особенности двусторонних рынков накладывают определенные ограничения и требуют новых подходов в части экономического анализа для целей применения антимонопольного законодательства: от определения рынка к определению состава его участников и до выявления барьеров входа и оснований для квалификации поведения на рынке участников, контролирующей платформы. При рассмотрении вопроса о злоупотреблении доминирующим положением со стороны хозяйствующего субъекта ключевой момент — определение границ рынка,

⁶⁹ <http://justice.gov/opa/pr/statementdepartment-justice-antitrust-division-its-decision-close-itsinvestigations>

⁷⁰ Антимонопольное регулирование двусторонних рынков: постановка проблемы // Аналитический центр при Правительстве РФ. Бюллетень о развитии конкуренции. 2016. № 15. С. 10–11.

и в первую очередь продуктового. Основной набор инструментов для исследования рынков на предмет антимонопольной политики сосредоточен в приказе ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее — Порядок-220). Определение границ рынка требуется не только для установления самого факта правонарушения, но и для вынесения решения о назначении санкций, особенно определения размера административного взыскания в виде штрафа (согласно нормам статьи 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях — КоАП РФ). В случае отсутствия ясных критериев для определения границ рынка результатом могут становиться ошибки правоприменения. Указанные особенности рынков с двусторонними сетевыми эффектами ставят на повестку дня вопрос о применимости норм Порядка-220 по всему перечню этапов анализа рынка к двусторонним рынкам. От качества проведения анализа рынка — того, насколько широко или узко определены продуктовые и географические границы рынка, как оценивается взаимозаменяемость товаров и рассчитываются доли участников рынка, зависит, будут ли те или иные действия хозяйствующих субъектов содержать признаки нарушения антимонопольного законодательства⁷¹.

Как отмечают эксперты, имеющий опыт применения антимонопольного законодательства к участникам рынков с двусторонними сетевыми эффектами как в России, так и за рубежом в настоящее время не дает возможности предложить более или менее однозначные критерии отделения легального поведения продавцов от нелегального [Юсупова, Сухорукова, 2014]. Необходимо выработать четкие критерии отнесения неблагоприятных последствий для отраслей к результатам либо разрушительных инноваций, либо к злоупотреблениям

⁷¹ Там же. С. 11.

доминирующим положением. Также следует разработать критерий отнесения правовых и нормативных установлений, регулирующих деятельность платформ, либо к справедливым ограничениям инновационного процесса в целях обеспечения конкуренции, безопасности работников и защиты потребителей, либо к специально созданным мерам защиты старожиллов отрасли [Коваленко, 2016]. Следует скорректировать эти задачи, объединить их в одну.

Необходимо выработать признаки и критерии, которые в случае снижения темпов инновационного развития и экономического роста, иных неблагоприятных изменений (круг которых должен быть четко очерчен) позволяли бы ясно обнаружить причинно-следственную связь ущерба общественному благосостоянию с одним из трех источников: фирмой, государством или технологией.

Фирма служит источником неблагоприятных изменений, когда их причиной является неэффективное управление многосторонней платформой, злоупотребление доминирующим положением и монополизация рынков компонентов, иное недобросовестное противоправное поведение компании — владельца платформы (при ошибке регулятора II рода).

Государство является источником неблагоприятных изменений, когда их причина — негативное воздействие на инновационные, управленческие и рыночные процессы от решения регулирующего органа государственной власти, принятого: с «захватом регулятора» (например, местным старожиллом рынка); при превышении должностным лицом полномочий; при злоупотреблении властью; как акт коррупции и при иных «провалах государства» (при ошибке регулятора I рода).

Технология признается источником неблагоприятных изменений, когда их причиной является стремительный прогресс разрушительных (по Шумпетеру) или подрывных (по Кристенсену) инноваций.

Наиболее часто встречающаяся позиция антимонопольных ведомств состоит в том, что концепция двусторонних рынков представляет интерес, однако при более пристальном рассмотрении возникает ряд аргументов против ее использования⁷².

В Бюллетене Аналитического центра при Правительстве РФ следующим образом раскрывается позиция Европейской комиссии по конкуренции: «Опасения конкурентного ведомства в целом одинаковы вне зависимости от того, оперирует фирма на двустороннем либо традиционном одностороннем рынке. Двусторонние платформы могут использовать свою рыночную власть как в одностороннем порядке, так и в координации с другими фирмами с использованием антиконкурентных действий, наносящих вред благосостоянию потребителя и экономической эффективности. Однако Еврокомиссия признает, что двусторонние рынки тем не менее создают ряд сложностей в применении конкурентной политики: эффективная структура цен может не отражать соответствующие им издержки; значительное превышение цены над предельными издержками не всегда является адекватным показателем монопольной власти; цена ниже предельных издержек может быть не связана с реализацией фирмой стратегии хищнического ценообразования; повышение интенсивности конкуренции может приводить к снижению эффективности и менее сбалансированной ценовой структуре, нанося больший вред одной стороне рынка, чем другой; применение теста гипотетического монополиста затруднено. Необходимо модификация, учитывающая взаимозависимость спроса и перекрестные сетевые эффекты, возникающие на двусторонних рынках. Особенности, обозначенные выше, могут приводить к ошибкам правоприменения со стороны антимонопольно-

⁷² Антимонопольное регулирование двусторонних рынков: постановка проблемы // Аналитический центр при Правительстве РФ. Бюллетень о развитии конкуренции. 2016. № 15. С. 11.

го ведомства. Однако это не означает, что к двусторонним рынкам следует применять ослабленный либо, наоборот, более строгий антимонопольный контроль. Данный тип рынков нуждается лишь в принятии во внимание указанных особенностей при анализе рынков и квалификации поведения фирм на двустороннем рынке⁷³.

Доценко и Иванов транслируют озабоченность применением ИТ-технологий, выраженную антимонопольными органами США и Европы, таким образом: «Цель антимонопольного регулирования — повышение эффективности рыночной экономики посредством преодоления тех ограничений экономического развития, которые устанавливают компании, обладающие значительной рыночной властью, для сохранения своего лидерства за счет торможения остальных (а не за счет улучшения своего предложения на рынке). Этот тезис, лежащий в основании антимонопольного права, стал предметом колоссального числа споров в научной среде, появившихся в связи с приходом в нашу экономическую жизнь Интернета и других информационных технологий. Суть дискуссии, прекрасно очерченная в программной статье главного экономиста Федеральной торговой комиссии США проф. Г. Шелански [Shelanski, 2013], состоит в том, что многие критики действующей системы антимонопольного регулирования считают ее неспособной оценить динамику развития рынка, а точнее, их трансформации, если говорить именно об информационных технологиях» [Доценко, Иванов, 2016].

Значимая часть дискуссии на эту тему была поднята еще серией антимонопольных дел против компании Microsoft в США и Европе. Эта дискуссия неплохо обобщена в аспекте критики в работе Д. Макгоуэна [McGowan, 2005], а с точки зрения сторонников активного антимонопольного регули-

рования в цифровую эру — в недавней книге Э. Гэвила [Gavil, First, 2014].

Эта критика основана на том, что применение к отношениям в новой экономике привычных, сложившихся в традиционных отраслях подходов антимонопольного регулирования к анализу рынков может принести больше вреда, чем пользы. Причина беспокойства кроется в том, что новые рынки имеют свойство постоянно меняться за счет частых разрушающих инноваций, которые по мере ускорения технологического развития достигают такой скорости и такой деструктивной силы, что имеющиеся в распоряжении антимонопольных органов инструменты анализа рынков перестают работать. По мнению сторонников этого подхода, цена ошибки в выборе мер антимонопольного регулирования, основанного на анализе рынков и представлении о характере рыночных взаимосвязей, не учитывающих постоянных циклов таких изменений, в условиях новой экономики перевешивает потенциальные плюсы повышения эффективности работы рынков за счет снятия монопольных барьеров [Доценко, Иванов, 2016].

Квинтэссенция этой позиции применительно к делам против Google была сформулирована Дж. Райтом — членом Федеральной торговой комиссии в 2013–2015 гг., присоединившимся в 2016 г. к юридической фирме, представлявшей интересы Google в антимонопольных делах, в его совместной статье с проф. Дж. Манном еще в 2011 г., когда только-только было возбуждено первое дело против Google [Manne, Wright, 2011]. В своей статье они настаивают на том, что возможная ошибка в применении антимонопольного регулирования к Google может затормозить инновации, тем самым не то что не повысив, но нанеся вред экономической эффективности» [Доценко, Иванов, 2016].

Приведем выводы Аналитического центра при Правительстве РФ, определяющего проблему антимонопольного регулирования

⁷³ Антимонопольное регулирование двусторонних рынков: постановка проблемы // Аналитического центра при Правительстве РФ. Бюллетень о развитии конкуренции. 2016. № 15. С. 12.

двусторонних рынков в Бюллетене о развитии конкуренции.

- Рынки, связанные с информационными технологиями, представляют собой особый предмет и ставят специфические вопросы и проблемы для регуляторов, производителей, дистрибьюторов и потребителей. Фундаментальные принципы антимонопольной политики тем не менее применимы и к таким новейшим отраслям.

- Конкуренция на рынках, связанных с информационными технологиями, носит динамический характер, где ключевую роль играют продуктовые и процессные инновации. Такие рынки связаны с множеством трудностей для анализа в целях антимонопольной политики. Динамичность развития технологий и возможность входа новых участников на рынок приводят к тому, что понятие рыночной власти на таком рынке становится неустойчивым.

- Главными отличиями рынков, связанных с информационными технологиями, от более традиционных в части осуществления антимонопольной политики являются их динамичность, модульность и наличие сетевых эффектов со стороны спроса.

- Двусторонние платформы способствуют минимизации транзакционных издержек между организациями. В ряде случаев стратегией, максимизирующей прибыль, выступает назначение цены для одной из сторон пользователей платформы ниже издержек. Указанные особенности двусторонних рынков накладывают определенные ограничения и требуют новых подходов в части антимонопольного анализа — от определения рынка до выявления сговоров.

- Особенности рынков с двусторонними сетевыми эффектами ставят на повестку дня вопрос о применимости норм Порядка-220 по всему перечню этапов анализа рынка к двусторонним рынкам. Все стадии исследования в соответствии с требованиями Порядка-220 в отношении двусторонних рынков должны проводиться с учетом специфики этих рынков:

- 1) определение границ рынка должно производиться с учетом двух групп покупателей;

- 2) взаимозаменяемость товаров должна устанавливаться для обеих групп пользователей;

- 3) при оценке размеров рынка необходимо учитывать транзакции с обеими группами покупателей;

- 4) при оценке барьеров входа следует разделять объективные структурные барьеры и издержки входа для новых участников.

Законодательство при этом не успевает реагировать на развитие технологий и появление новых общественных отношений, которые возникают благодаря интернет-сервисам. По многим направлениям наблюдается наличие пробелов в правовом поле, проявляющихся либо в полном отсутствии законодательного регулирования, либо в его фрагментарности.

В связи с развитием интернет-технологий во всем мире становится актуальным вопрос о защите персональных данных, в том числе пользователей различных онлайн-платформ, которые можно отнести к двусторонним рынкам.

Имеющийся опыт применения антимонопольного законодательства к участникам рынков с двусторонними сетевыми эффектами как в России, так и за рубежом в настоящее время не дает возможности предложить более или менее однозначные критерии отделения легального поведения продавцов от нелегального⁷⁴.

Ошибки регулятора

В антимонопольном процессе пока еще не было случая, когда нехватка аналитических измерительных инструментов перед лицом быстро и непредсказуемо меняющейся сферы обращения товара приводила бы к провалу анализа рынка и аналитической

⁷⁴ Антимонопольное регулирование двусторонних рынков: постановка проблемы // Аналитический центр при Правительстве РФ. Бюллетень о развитии конкуренции. 2016. № 15. С. 19–20.

неудаче. Тем не менее регулятор может совершить ошибки 2 типов:

- ошибка I рода — ложно положительное подтверждение, в терминах эконометрики — отказ от «нулевой гипотезы»; в правоприменении — наказание невиновных или (в общем случае) чрезмерное наказание;

- ошибка II рода — ложное отрицание, подтверждение «нулевой гипотезы» — виновный ушел от наказания или отделался слишком легким наказанием.

Два разных подхода к экономическим эффектам как последствиям ошибочных решений базируются на разных оценках потерь от ошибок I и II рода.

Высказаны опасения ошибок I рода при прямом применении Приказа № 220 к рынку сетевых экстерналий. Несмотря на то что Приказ ФАС России № 220 утвержден для внутреннего применения работниками территориальных управлений ФАС России при проведении анализа, сам документ, его структура, форма и содержание свидетельствуют о том, что данный документ невозможно использовать прямым образом, как руководство — инструкцию, детально, поэтапно предписывающую действия и меры. И тот факт, что Приказ № 220 не является прямым руководством к действию, неоднократно подтверждался и представителями ФАС России, и судьями арбитражных судов Российской Федерации, и экспертами в области экономического анализа.

Приказ 220 в действительности предоставляет проверяющему субъекту достаточно большую свободу выбора аналитических инструментов и предлагает большое разнообразие методов анализа и источников рыночных данных. И при проведении анализа рынка представитель ФАС России прежде всего руководствуется собственным усмотрением.

Что меняет сетевой эффект?

Важно отметить, что описываемое здесь антимонопольное разбирательство разво-

рачивается на фоне набирающей силу научной дискуссии о пересмотре базовых подходов антитраста к анализу рыночной власти. При этом подразумевается, что регулирующие экономическую деятельность государственные органы не успевают реформировать законодательство в соответствии с новой экономической реальностью, с непредсказуемой спецификой функционирования двусторонних рынков и многосторонних платформ, со стремительными темпами обновления информационных и телекоммуникационных технологий.

Исходя из материалов дела, отметим, что тема сетевых эффектов и многосторонних рынков никем из участников процесса не поднималась. Перекрестные сетевые эффекты, характеризующие двусторонний рынок, — это не единственные экстерналии, присутствующие в цифровых многосторонних платформах. Здесь также присутствуют поведенческие экстерналии — не отражаемые в цене выгоды и ущербы, причиняемые управленческими решениями и поведением (как органов власти, так и владельцев платформ).

«Взвешенный подход» (*rule of reason*) предлагает выносить решение, учитывая экономические последствия рассматриваемого правонарушения и возможного наказания. Положительный перекрестный сетевой эффект в потреблении можно считать автоматическим свидетельством доминирующего положения владельца платформы. Поэтому при принятии решения основное внимание следует обратить не на доказанность виновности компании Google (4 специальных условия в NADA-контрактах не вызывают сомнения), а на последствия императивных властных предписаний для инновационного процесса, экономических отношений, информационной обеспеченности населения.

Итак, у нас есть доминирующий субъект, который злоупотребляет рыночной властью. Но если его слишком сильно наказать, может «случиться что-то вредное», или, точ-

нее, «не случиться что-то полезное», что без регулирующего вмешательства случилось бы в экономике и инновационных технологиях.

С ошибкой I рода можно незаслуженно сильно наказать Google, вследствие чего:

- испортить инновационный и инвестиционный климат в национальной экономической среде;
- так воздействовать на поведение фирмы, что она откажется от ряда инновационных проектов;
- породит и повысит высокие аллокативные издержки и издержки неэффективности.

С ошибкой II рода можно недооценить степень виновности должностных лиц компании Google, злонамеренность и коварство, системность, организованность и последовательность доказанных злоупотреблений.

Здесь важно определить и не перепутать причину и следствие. При рассмотрении ошибок I рода причиной считается регулирующее воздействие органов власти на компании (порождающие для инновационной фирмы новые запреты и обязанности, в том числе и обязательства материальной ответственности (штрафы) или (еще хуже) решения о принудительном разделении компании), а следствием представляется снижение инновационности и проконкурентности поведения доминирующей компании-лидера, изменение состава, объема, долей и структуры рынка и др.

При рассмотрении ошибок II рода причиной считается снижение инновационности и проконкурентности поведения доминирующей компании-лидера, а следствием является совершенное компанией правонарушение и вмешательство правоохранительных органов.

Поэтому важно не только квалифицировать *per se* правонарушение, но и определить причины и мотивы, цели и намерения доминатора-нарушителя, а также рассмотреть динамику и значимость совершенных им антиконкурентных действий (медленно или бы-

стро, длительно или резко, плавно или контрастно, радикально или поверхностно).

Например, тот факт, что компания Google не смогла в назначенный (и неоднократно перенесенный) срок выполнить предписание ФАС России, свидетельствует о том, что злоупотребление доминирующим положением было заранее подготовлено и осуществлялось посредством фундаментальных и системных технических решений и действий, быстрые отмена и исправление которых невозможны. Рассматриваемое здесь ограничение компанией Google конкуренции — это не случайность, не результат ошибки или беспечности, это не спонтанное конкурентное действие операционного или тактического менеджмента. Это результат системной и последовательной реализации долгосрочной конкурентной стратегии, компенсирующей снижение инновационного потенциала лидера злоупотреблениями рыночной властью.

Бизнес-модель монополиста

Поиск и реклама

Спрашивается, зачем компании Google принуждать производителей мобильных устройств к особым условиям контрактов, сильно рискуя своим имиджем и репутацией? На каком рынке Яндекс представляет такую серьезную угрозу лидирующим рыночным позициям Google? В какой сфере? Неужели конкурентные действия Яндекс в действительности серьезно угрожают доходам Google? Неужели конкуренция настолько серьезна, интенсивна и воинственна, чтобы Google стала принуждать вендоров к исключительным контрактам?

Компания Google использует один из вариантов бизнес-модели многосторонней платформы, называемой «*ad-supported*» (сокращенное от англ. *Advertising-Supported* — поддерживается рекламой). По сути, это лишь характеристика модели получения дохода (*revenue model*) — тех блоков бизнес-

модели, которые указывают на источник денежного потока компании.

В этой модели, широко распространенной в СМИ и иных медиа, доход генерируется не на рынках электронных сервисов и мобильных приложений и выручка поступает не от пользователей, покупающих подписку, тарифный план, лицензию на ПО, т. е. вообще не от физических лиц (это не *business-to-customer*).

В «бизнес-модели, поддерживаемой рекламой», по определению основной денежный поток идет от корпораций (*business-to-business*) за оказание услуг рекламы — от продажи рекламного места (просмотров баннеров) или кликов (трафика).

Частным случаем платформы медиа, поддерживаемой рекламой, являются бизнес-модели компаний Google и Яндекс, обеспечивающие сведение друг с другом представителей двух сторон: рекламодателя (продавца) и потенциального покупателя (пользователя Google-поиска — потребителя рекламного контента). В рассматриваемом деле Google требовала исключения предустановки на Android-устройства поиска и браузера компании Яндекс, а своему поиску обеспечивала преимущественное размещение, потому что доступ к пользователю делает позицию Google перед рекламодателями более сильной по сравнению с предложениями от Яндекса.

В действительности конкуренция в ИТ-отраслях бесплатного предложения электронных сервисов и мобильных приложений происходит за доступ к конечным пользователям устройств, к потребительскому поведению, к их интересам и нуждам, к информации о поведении потребителей. Наиболее прямым способом интересы потребителей можно изучить и проанализировать на основе отслеживания их пользовательских действий с сервисами интернет-поиска и интернет-браузера. Сегодня успешная реализация бизнес-модели цифровой платформы невозможна без эффективного управления данными о пользовательском

поведении. Доступ к таким данным является для цифровой платформы основным фактором обеспечения конкурентоспособности.

Компания, осуществляющая запись всех электронных действий пользователя и хранение истории использования сервиса, а также обработку данных и анализ траектории потребительского поведения, генерирует данные об интересах, потребностях и нуждах клиента. Такие актуальные данные о потребительском поведении — важная рыночная информация, являющаяся базой для эффективного оказания маркетинговых услуг. Google выдает в результатах поисковых запросов не только релевантные ссылки (органический поиск), но и специально отмеченные рекламные ссылки (спонсированный поиск) и зарабатывает на аукционной продаже рекламодателям ключевых слов поисковых запросов.

Раздел с вендором рекламных доходов

Модель многосторонней платформы в общем дает понимание связи поисковых сервисов с рынком рекламы и в частности объясняет, почему и Яндекс, и Google в обосновании своих позиций, а ФАС России в своем решении приводили аргументы, связанные с выплатами разработчикам приложений и сервисов части дохода от мобильной рекламы производителям мобильных устройств.

Компания Яндекс обвиняла конкурента в том, что Google предлагала вознаграждение в виде части дохода, получаемого Google от мобильной рекламы, производителям Android-устройств, отказавшим компании Яндекс в предустановке ее сервисов. Компания Google считала, что способность предложить вендорам взаимовыгодный вариант раздела доходов от поиска (мобильной рекламы) является одним из показателей конкурентоспособности компаний — разработчиков мобильных приложений и сервисов, а также подтверждает высокий уровень интенсивности конкуренции между ними. Представители Google у-

верждали, что предложение вендору доли в рекламных доходах — распространенная среди разработчиков практика продвижения своих приложений и сервисов и что компания Яндекс (также как и любой иной разработчик мобильного приложения), конкурируя за внимание вендора к своему приложению, тоже предлагает производителям Android-устройств долю в рекламных доходах. Но только сервисы Яндекс не так хороши, как сервисы Google, поэтому компании Яндекс тяжелее продвигать свои сервисы и труднее сделать вендорам интересное (размером доли) предложение по разделу доходов. Представители компании Яндекс были уверены в своих сервисах и предложениях вендорам.

Казалось, что стороны нашли в размере предложенной вендорам доли доходов косвенный показатель своей правоты в споре. Компания Яндекс была уверена в конкурентоспособности своих предложений вендорам. Раз предложение вендорам от Яндекса сравнимо с предложением от Google, следовательно, причины отказа вендоров от сотрудничества с Яндекс лежат вне рыночно-эффективной, инновационно-конкурентной логики и объясняются принуждением со стороны доминирующей компании Google вендоров к условиям контрактов, ограничивающим конкуренцию за предустановку сервисов.

Компания Google была уверена в конкурентоспособности своих предложений вендорам. Если предложение вендорам от Google по величине доли дохода превосходит предложение от Яндекса, Google докажет добросовестность своего рыночного доминирования, а Яндекс предстанет неконкурентоспособной компанией, злоупотребляющей национальной системой антимонопольного регулирования для недобросовестного воспрепятствования инновационному лидеру в эффективных практиках.

Но ФАС России не пошла по этому пути, потому что содержание соглашений с вендорами в части размера долей рекламных

доходов относится к сведениям, составляющим коммерческую тайну каждой из конкурирующих компаний.

Комиссия ФАС России не нашла достаточных оснований для того, чтобы требовать принудительного раскрытия этих сведений, и предложила компаниям рассмотреть возможность добровольного раскрытия информации в обоснование своих позиций. Google отказалась от раскрытия такой информации, а ФАС России, в свою очередь, признала предложения от разработчиков приложений производителям Android-устройств доли рекламных доходов законной и правомерной предпринимательской практикой продвижения своих сервисов.

Поиск в сети — не сетевое благо

Интересно, что сервис поиска (сам по себе) не является сетевым благом (с прямым сетевым эффектом). Главной характеристикой положительного прямого сетевого эффекта является то, что полезность продукта растет для отдельного пользователя в связи с увеличением количества пользователей.

В отношении ресурса поиска для пользователя важно, чтобы он выдавал наиболее релевантные (относящиеся к запросу) ссылки и (косвенно) чтобы поисковик охватывал много сайтов (индексированных им у себя). Данные качества не изменяются в связи с количеством поисковых запросов.

Можно констатировать, что поиск Google постоянно улучшается, становится все более эффективным с каждым использованием, потому что компания задействует в поисковых алгоритмах механизмы самообучения. Но вряд ли это является серьезным аргументом для пользователя, который выбирает, каким поисковиком воспользоваться.

По данным на апрель 2016 г., компания Google имела на мировом рынке сервиса поиска (исключая Китай⁷⁵) долю 67,86%.

⁷⁵ В Китае запрещен оборот и использование устройств с сервисами компании Google.

Второй по величине рыночной доли поиска — Bing компании Microsoft, имеет всего 14,4% рынка. Третий — китайский Baidu — 8,1% (рис. 2)⁷⁶.

Но эти результаты мирового рынка сервисов интернет-поиска получены путем сложения поисковых запросов со всех возможных устройств: телефонов, смартфонов, планшетов, ноутбуков и компьютеров-десктопов. Результаты рынка сервисов поиска для мобильных устройств выглядят еще яснее. По данным ресурса www.netmarketshare.com, среди сервисов интернет-поиска для смартфонов и планшетов поиск от компании Google к сентябрю 2016 г. занимает долю 94,8% (рис. 3).

Формально сервисы интернет-поиска бесплатны для пользователей, и, строго говоря, услуга интернет-поиска не создает отдельную сферу обращения (рынок услуг интернет-поиска). Но реализация бизнес-модели многосторонней платформы обязательно предполагает перекрестное субсидирование в ценообразовании, что позволяет предлагать пользователям сервис поиска бесплатно за счет доходов, полученных от рекламодателей. В контексте двустороннего рынка платформа субсидирует «сторону пользователей» за счет второй «денежной» стороны — рекламодателей.

Стоит оговориться, что модель многосторонней платформы может быть реализована в разных сферах и отраслях, и особенно сейчас — в цифровую эпоху стороны двустороннего рынка превращаются в социально-экономические роли так, что в отдельных типах многосторонних платформ «денежной стороной» могут быть конечные пользователи, которые в результате платформенного ценообразования субсидируют сторону предложения дополнения — сторону комплементоров.

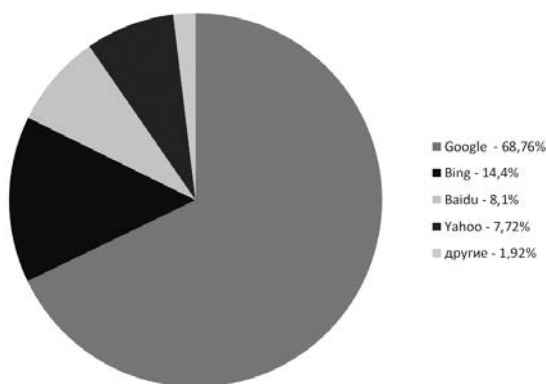


Рис. 2. Рыночные доли сервисов интернет-поиска⁷⁷

Fig. 2. Online search market share

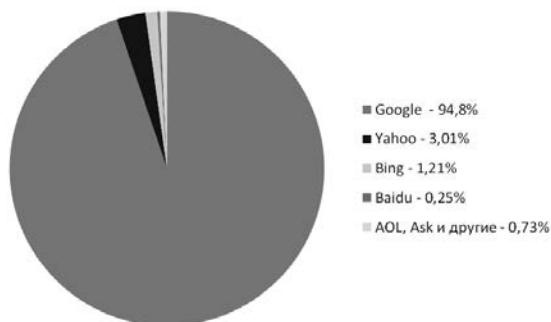


Рис. 3. Рыночные доли поиска на мобильных устройствах и планшетах⁷⁸

Fig. 3. Mobile (Tablet) search engine market share

Много сетевых эффектов

При принятии ФАС России решения в зависимости от учета и присутствия сетевых эффектов есть несколько исходов.

На двухстороннем рынке может одновременно возникать 8 разных сетевых эффектов.

⁷⁶ URL: <https://www.usjoomlaforce.com/blog/search-engine-market-share/> (дата обращения: 29.09.2016).

⁷⁷ На основе материалов www.usjoomlaforce.com. URL: <https://www.usjoomlaforce.com/blog/search-engine-market-share/> (дата обращения: 29.09.2016).

⁷⁸ По данным ресурса <https://www.netmarketshare.com/>

В табл. 3 предложены варианты сетевых эффектов и их влияния на рынок.

И предположительно исключим те эффекты, которые редко встречаются на цифровых платформах, поддерживаемых рекламой (выделено курсивом):

- прямой положительный на стороне спроса (чем больше поисковых запросов, тем больше полезность поиска);
- прямой положительный на стороне предложения (чем больше рекламодателей, тем больше полезность от рекламы);
- перекрестный положительный на стороне спроса (чем больше рекламодателей, тем больше полезность поиска).

Представим пространство сочетаний четырех инвариантов, формирующих последовательность обстоятельств, для того чтобы увидеть возможные ошибки.

Первый инвариант обозначает наличие (отсутствие) сетевого эффекта, сила которого свидетельствует о доминировании Google.

Второй инвариант касается рассмотрения (игнорирования) комиссией ФАС России обстоятельств первого инварианта.

Третий инвариант показывает обвинительный (оправдательный) характер решения Комиссии ФАС России.

Здесь рассмотрены все возможные сочетания инвариантов, несмотря на то, что в отношении второго и третьего инвариантов в действительности известен исход: ФАС России не рассматривала сетевые эффекты и вынесла обвинительное решение (соответствующие исходы в табл. 4 выделены жирным курсивом).

Интересен сценарий 5:

- 1) положительный сетевой эффект обеспечил Google рыночную власть;
- 2) ФАС России не учитывала эти обстоятельства;
- 3) но ФАС России вынесла обвинительное решение.

Здесь получается, что ФАС России совершает одновременно ошибку I рода (чрезмерная строгость при принятии решения) и II рода (игнорирует эффекты, подтвержда-

ющие рыночную власть), но при этом фактически не совершает ни одной — наказание соразмерно нарушению.

Но так как мы точно не знаем исход инварианта 1 (наличие/отсутствие/силу сетевого эффекта), возможен сценарий 7:

- 1) сильного сетевого эффекта не было;
- 2) при этом поведение ФАС России не изменилось: она также игнорирует вероятность сетевых эффектов (ошибка II рода);
- 3) слишком строго оценивает (ошибка I рода).

По итогам имеем в чистом виде наказание невиновного в случае отсутствия значительного сетевого эффекта. Примечательно, что скептики и критики властного регулирующего принудительного воздействия чаще используют именно аргумент о неспособности регулятора при принятии решения адекватно учесть сетевые эффекты так, как будто их надлежащий учет ФАС России способствовал бы смягчению наказания.

Если высока вероятность перепутать «действия, ограничивающие конкуренцию на обычном рынке», и «действия, добавляющие выигрыши потребителям на многостороннем рынке», тогда рекомендуется перед подтверждением выводов специально отдельно проверить «гипотезу наличия многостороннего рынка»: постулируется наличие второй стороны, повышающееся количество участников которой приводит к повышению полезности для участников первой стороны.

При подтверждении «гипотезы» мы действительно будем иметь дело с «невозможностью различить» два разных рыночных режима. Однако решение все равно можно принять после подсчета альтернативных «цен ошибок» и сравнения приростов двух разных объемов общественных выигрышей при разных исходах правоприменения.

А какой должна быть диспозиция, чтобы при ее рассмотрении на одностороннем рынке возникали снижающие конкуренцию эффекты, а при ее рассмотрении на многостороннем рынке сразу обнаруживались вы-

Таблица 3. Влияние сетевых эффектов

Table 3. Impact of network effects

Место	Значение	Следствие
<i>Прямой на стороне спроса</i>	<i>Положительный</i>	<i>Повышает рыночную власть</i>
Прямой на стороне спроса	Отрицательный	Снижает рыночную власть
<i>Прямой на стороне предложения</i>	<i>Положительный</i>	<i>Повышает рыночную власть</i>
Прямой на стороне предложения	Отрицательный	Снижает рыночную власть
<i>Перекрестный на стороне спроса</i>	<i>Положительный</i>	<i>Повышает рыночную власть</i>
Перекрестный на стороне спроса	Отрицательный	Снижает рыночную власть
Перекрестный на стороне предложения	Положительный	Повышает рыночную власть
Перекрестный на стороне предложения	Отрицательный	Снижает рыночную власть

Табл. 4. Сценарии

Table 4. Scenarios

№ сценария	Положительный СЭ	ФАС России учла СЭ	Google виновна	Ошибки I и II рода
1	Да	Да	Да	Нет
2	Да	Да	Нет	2
3	Нет	Да	Нет	Нет
4	Нет	Да	Да	1
5	Да	Нет	Да	1 и 2 — нет
6	Да	Нет	Нет	2
7	Нет	Нет	Да	1
8	Нет	Нет	Нет	Нет

годы потребителей? Такая ситуация возможна только, если мы не можем обнаружить вторую сторону рынка, т.е. прилегающую к потребителям группу однородных участников. Допустим, установлено предоставление платформой потребителям бесплатного сервиса, что выдало с рынка возмездные конкурирующие сервисы. Эти же действия в контексте сочетания двух сторон рынка предстанут перекрестным субсидированием потребительской стороны рынка для привлечения представителей «денежной стороны».

Возможно ли, что представители «денежной» стороны платформы так и останутся не замеченными регулятором, а замечен будет только конкурент-комплементор,

подавленный и вытесненный «нулевой» ценой платформенного сервиса? Если фирма, страдающая от снижения конкуренции, присутствует, а сообщество комплементоров, выигрывающих от роста числа потребителей, привлеченных нулевой ценой, только предполагается (и регулятором не выявлено), то следует сконцентрироваться на реальных, а не гипотетических потерях.

Даже если члены антимонопольной комиссии ФАС России и члены Арбитражного суда РФ не предпринимали сознательных попыток найти, подсчитать и оценить действующие сетевые экстерналии, присутствие и влияние неявных сил на рынке приложений постулировалось органами власти

в других формах, например, когда ими отмечалось:

- что только предустановка приложения считается входом на рынок;
- интернет-браузер и магазин приложений не являются совершенными заменителями;
- для пакетирования сервисов GMS отсутствует технологическое обоснование, а их раздельная дистрибуция повышала бы конкурентность производных рынков;
- на рынке предустановленных магазинов приложений имеются высокие барьеры входа, являющиеся труднопреодолимыми, а также — при рассмотрении иных обстоятельств, повышающих полезность потребления и издержки переключения потребителей на платформе.

Заключение

Антимонопольные органы Европы и США, принимающие решение об освобождении Microsoft от ответственности, руководствовались страхом совершения ошибок I рода. Они перешли от принятия решения *per se* к правилу взвешенного подхода. Однако со стороны было очень похоже на «захват регулятора». При этом ФАС России руководствовалась необходимостью пресечь монополизацию компанией Google рынков дополнений.

Если главным было опасение, что доминирующее положение цифровых платформ очень просто доказать и сложно опровергнуть, — это нужно признать. Цифровые платформы сами создают и контролируют рынки. Другими словами, наличие у фирмы — владельца многосторонней платформы доминирующего положения презюмируется. Поэтому вопрос об антимонопольном регулировании их деятельности сводится к установлению факта злоупотребления цифровыми платформами доминирующим положением или его отсутствия и в случае квалификации злоупотребления — к определению положительных и отрицательных

последствий такого злоупотребления и последствий антимонопольного регулирования действий цифровой платформы.

Список литературы

1. Доценко А. В., Иванов А. Ю. Антимонопольное регулирование, цифровые платформы и инновации: дело Google и выработка подходов к защите конкуренции в цифровой среде // Закон. 2016. № 2. С. 31–45.
2. Коваленко А. И. Проблематика исследований многосторонних платформ // Современная конкуренция. 2016. Т. 10. № 3 (57). С. 64–90.
3. Рубин Ю. Б. Тактика конкурентных действий участников рынка // Современная конкуренция. 2015. Т. 9. № 2 (50). С. 114–116.
4. Юсупова Г. Ф., Сухорукова К. А. Границы рынка и особенности конкуренции на рынках услуг Visa и MasterCard: уроки применения антимонопольного законодательства // Современная конкуренция. 2014. Т. 8. № 6 (48). С. 31–49.
5. Economides N., Lianos I. A Critical Appraisal of Remedies in the EU Microsoft Cases // Columbia Business Law Review. 2010. Vol. 2. URL: <http://ssrn.com/abstract=1523908> (дата обращения: 29.02.2016).
6. Gavil A., First H. The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the Twentyfirst Century. Cambridge, 2014.
7. Manne G. A., Wright J. D. Google and the Limits of Antitrust: The Case Against Google // Harvard Journal of Law and Public Policy. 2011. Vol. 34. No. 1. URL: <http://ssrn.com/abstract=1577556> (дата обращения: 29.09.2016).
8. McGowan D. Between Logic and Experience: Error Costs and United States v. Microsoft Corp // Berkeley Tech. L. J. 2005. Vol. 20. P. 1185. URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol20/iss2/6/> (дата обращения: 29.02.2016).
9. Shelanski H. A. Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet // U. Pa. L. Rev. 2013. Vol. 161. P. 1663–1705. URL: <https://pennlawreview.com/print/Shelanski-161-U-Pa-LRev-1663.pdf> (дата обращения: 29.02.2016).
10. Wu T. The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires. Knopf, 2010.

References:

1. Dotsenko A., Ivanov A. Antitrust law, digital platforms, and innovations: google case and the development of approaches to the protection of competition in the digital environment. *Zakon*, 2016, no. 2, p. 31–45.
2. Economides N., Lianos I. A Critical Appraisal of Remedies in the EU Microsoft Cases. *Columbia Business Law Review*, Vol. 2. 2010. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1523908> (дата обращения: 29.02.2016)
3. Gavil A., First H. The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the Twentyfirst Century. *Cambridge*, 2014.
4. Kovalenko A. Multisided platforms research problematic. *Journal of Modern Competition*, 2016, vol. 10, no. 3 (57), pp. 64–90 (in Russian, abstr. in English)
5. Manne G. A., Wright J. D. Google and the Limits of Antitrust: The Case Against Google. *Harvard Journal of*

- Law and Public Policy*, 2011, vol. 34, no. 1. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1577556> (дата обращения: 29.09.2016).
6. McGowan D. Between Logic and Experience: Error Costs and United States v. Microsoft Corp. *Berkeley Tech. L. J.*, 2005, Vol. 20, P. 1185. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol20/iss2/6/> (дата обращения: 29.02.2016)
 7. Rubin Yu. Tactics of competitive actions of market participants. *Journal of Modern Competition*, 2015, vol. 9, no. 2 (50), pp. 111–142 (in Russian, abstr. in English).
 8. Shelanski H. A. Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. *U. Pa. L. Rev.*, 2013, Vol. 161, P. 1663–1705. Available at: <https://pennlawreview.com/print/Shelanski-161-U-Pa-LRev-1663.pdf> (дата обращения: 29.02.2016).
 9. Yusupova G., Sukhorukova K. Market boundaries and competition peculiarities in the markets of Visa and MasterCard services: the lessons of antitrust law application. *Journal of Modern Competition*, 2014, vol. 8, no. 6 (48), pp. 31–49. (in Russian, abstr. in English)
 10. Wu T. The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires. *Knopf*, 2010. P. 6.

Vartaev R., Chechen economic Institute, Grozny, Russia, vartaev.rashid@yandex.ru

Garaev R., Chechen economic Institute, Grozny, Russia, ruslan_garaeff@mail.ru

Kovalenko A., Synergy University, Moscow, Russia, alkovalenko@synergy.ru

Digital platforms dominance abuse (in Google case in Russia)

The article aims to reveal the degree to which network effects in demand and multisided platform model has influenced on antitrust regulation of Google strategy in relations with manufacturers of Android-devices, for example, on investigation of the FAS of Russia.

The article reveals the chronology of events, characterizing the development of «FAS Russia vs. Google» case, The logic and conclusiveness of the decision of the FAS Russia analyzed on the recognition of Google abusing its dominant position in the market pre-installed app stores, to reduce competition in applications markets. Paper examines decisions of courts of the Russian Federation, hearing the Google protest on the decision of the FAS Russia.

The article compares the anticompetitive actions of Google with actions of Microsoft, considered in the famous antitrust investigations in Europe and the United States. Actions differ only at the level of tactics, but at the strategic level Google competitive behavior completely repeats anticompetitive actions Microsoft.

Keywords: multisided platforms, platform competition, network effect, antitrust regulation, dominance abuse.

About authors:

R. Vartaev, *Postgraduate*

R. Garaev, *Postgraduate*

A. Kovalenko, *PhD in Economy*

For citation:

Vartaev R., Garaev R., Kovalenko A. Digital platforms dominance abuse (in Google case in Russia). *Journal of Modern Competition*, 2016, vol. 10, no. 5 (59), pp. 89–141 (in Russian, abstr. in English).