

ЗЛОВЖИВАННЯ МОНОПОЛЬНИМ (ДОМІНУЮЧИМ) СТАНОВИЩЕМ НА ЦИФРОВИХ РИНКАХ У МЕЖАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: АКТУАЛЬНІ СПРАВИ

ABUSE OF A DOMINANT POSITION IN DIGITAL MARKETS WITHIN THE EU: LATEST CASES

Табачук Н.П., магістр міжнародного права,
провідний спеціаліст відділу ринків виробничих галузевих товарів
Департаменту досліджень і розслідувань ринків виробничої сфери, фармацевтики та ритейлу
Антимонопольний комітет України

У статті проаналізовано актуальні справи щодо зловживання суб'єктами господарювання монополюючим становищем на цифрових ринках у практиці Європейської комісії. Швидкий і повсюдний розвиток цифрових послуг лежить в основі цифрових змін, які впливають на наше життя. З'явилося багато нових способів спілкування, здійснення покупок або доступу до інформації в інтернеті, вони постійно розвиваються. Встановлено, що діяльність Європейської комісії в цьому контексті має бути спрямована на гарантування подальшого розвитку європейського антимонопольного права разом із ними. Практика Європейської комісії нині лише частково враховує сучасні реалії, зокрема процеси діджиталізації, які радикально змінюють вектори розвитку економіки, суспільства, доступу до інформації і способу життя. Встановлено, що в Європейському Союзі антимонопольне право відіграє особливу роль у формуванні суспільного сприйняття цифрового майбутнього і правового середовища, у якому воно розвивається. Значні розслідування і аналіз, а також обговорення, що супроводжували проведення Європейською комісією таких справ, як *Google AdSense*, *Google Android*, а також потенційні справи щодо діяльності Apple сприяють більш широкому розумінню природи цифрових ринків. Відповідна практика Комісії також підвищила обізнаність про необхідність коригування аналітичних інструментів, методології і теорій шкоди, щоб вони краще відповідали новій ринковій реальності. Однак дані розслідування потребують багато часу, зростає розуміння необхідності обробляти справи з належною швидкістю. Унаслідок цього Європейською комісією було запропоновано дві законодавчі ініціативи: Акт про цифрові послуги (DSA) і Акт про цифрові ринки (DMA), які спрямовані на регулювання діяльності суб'єктів господарювання на цифрових ринках. Встановлено, що кількість заяв та справ щодо зловживання монополюючим становищем на цифрових ринках потенційно значно зростатиме, про що свідчить ситуація з Apple. Отже, нині правове регулювання цифрового ринку Європейського Союзу перебуває у процесі становлення, зважаючи на законодавчі ініціативи та практику Європейської комісії.

Ключові слова: антимонопольне право, Європейський Союз, монополююче становище, Договір про функціонування Європейського Союзу, цифровий ринок, Європейська комісія.

The article analyzes latest cases of abuse of a dominant position by undertakings in digital markets in the practice of the European Commission. The rapid and ubiquitous development of digital services is at the heart of the digital change that has impact on our everyday life. There are many new ways to communicate, shop or access information on the Internet, and they are constantly evolving. The author established that the activities of the European Commission in this context should be aimed at ensuring the further development of European competition law. The practice of the European Commission so far only partially takes into account modern realities, in particular, digitalization processes, which radically change the vectors of economic development, society, access to information and lifestyle. It was established that in the European Union, competition law plays a special role in shaping public perception of the digital future and the legal environment in which it develops. The significant investigations, analyses, and discussions surrounding the European Commission's cases such as *Google AdSense*, *Google Android*, and potential Apple cases contribute to a broader understanding of the nature of digital markets. The Commission's relevant practice has also raised awareness of the need to adjust analytical tools, methodology and harm theory to better deal with the new market reality. However, these investigations take a long time and there is a growing awareness of the need to process cases with sufficient speed. As a result, the European Commission proposed two legislative initiatives: the Digital Services Act (DSA) and the Digital Markets Act (DMA), aimed at regulating the activities of undertakings in digital markets. It was established that the number of complaints and cases concerning abuse of a position in digital markets has the potential to grow significantly, as evidenced by the situation with Apple. Thus, currently the legal regulation of the EU digital market is in the process of formation, taking into account the European Commission's legislative initiatives and practice.

Key words: antitrust law, European Union, a dominant position, Treaty on Functioning of European Union, digital market, European Commission.

Натепер немає загальноприйнятого визначення термінів «цифрова економіка», «цифровий сектор», «цифрові ринки». Цифрові ринки можна визначити вузько (наприклад, як онлайн-платформи і ті види діяльності, які існують у результаті таких платформ) або широко (наприклад, усі види діяльності, які використовують відцифровані дані або ведуться через інтернет) [1]. Цифрові ринки, навіть у широкому сенсі, не можуть працювати ізольовано від нецифрових еквівалентів. Отже, антимонопольним органам варто зважати на те, чи правильно визначені цифрові ринки, чи включають вони тільки цифрові замітники, або ж варто розглядати також і матеріальні замітники. Тоді як конкретні положення багатьох законів про конкуренцію схожі, як-от Акт Шермана і Договір про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС), їх застосування може значно відрізнятися. Ці розбіжності можуть виникати через низку причин, зокрема через відмінності у пріоритетах та цілях діяльності антимонопольних органів, істотні відмінності у тлумаченні судами; різні історичні, правові та державні теорії. Ст. 102 ДФЄС забороняє зловживання

монополюючим становищем. Порядок застосування та деталізація даного положення викладені в Регламенті Ради (ЄС) № 1/2003 від 16 грудня 2002 р. щодо імплементації правил конкуренції, визначених ст. ст. 81 та 82 Договору, який також може застосовуватися національними органами з питань конкуренції [2].

Європейська комісія історично визначала ринки вузько, наприклад, у справі *Microsoft / LinkedIn* вона оцінила ринок професійних соціальних мереж, щоб оцінити найвужчий передбачуваний товарний ринок [3]. Європейська комісія вважає, що функціональність товару/послуги і кількісні тести ціноутворення є центральними для аналізу визначення ринку. Однак ці методи можуть виявитися складними в застосуванні в контексті цифрових ринків через повсюдне поширення багатосторонніх платформ і послуг, пропонуваннях за нульовою ціною. Наприклад, тест гіпотетичного монополіста не враховує взаємозалежності ціноутворення, наявної на багатосторонніх ринках, або важливості інших елементів конкуренції, як-от якість. Хоча Європейська комісія раніше розглядала багатосторонні цифрові

платформи (*Google / DoubleClick, Microsoft / Yahoo!, Microsoft / Skype, Facebook / WhatsApp, Verizon / Yahoo!*), однак точне визначення відповідного ринку так і не встановлювалося [4]. Отже, багатосторонні платформи, які поширені на цифрових ринках, ставлять перед антимонопольними органами низку додаткових питань, пов'язаних із визначенням ринку, які необхідно вирішити.

Антимонопольне законодавство та доктрина Європейського Союзу, зловживання панівним становищем також, не є недостатніми під час дослідження питань цифрового характеру, пов'язаних з економікою. Антимонопольні органи використовували традиційні підходи щодо антиконкурентної діяльності до багатьох практик цифрового бізнесу. Наприклад, концепція зв'язування й об'єднання товарів / послуг (ст. 102 (d) ДФЄС) спочатку була розроблена для застосування до випадків спільного продажу більш ніж одного продукту, відтоді вона була розширена і на сучасному етапі застосовується до ділової практики на цифрових ринках, включаючи інтеграцію програмного забезпечення в операційну систему комп'ютера та пріоритетне відображення власних сервісів у рейтингу пошукових систем.

Європейська комісія нині все частіше досліджує та проводить розслідування технологічних бізнес-моделей і екосистем. У справі *Google AdSense* [5] Комісія вивчила посередницьку роль *Google* в інтернет-рекламі, відповідно до якої власники вебсайтів продають *Google* (та іншим рекламним посередникам) рекламні місця на сторінках результатів пошуку власника вебсайту. Вони є посередниками і продаються рекламодавцям, щоб власник вебсайту міг монетизувати рекламу на основі результатів пошуку. *Google* погодилася із власником вебсайту, які вебресурси або місця на цих вебресурсах будуть доступні для *Google* для посередництва і продажу рекламодавцям. Комісія стверджувала, що ці умови не дозволяють конкуруючим рекламним посередникам отримати доступ до цього вебресурсу і, у свою чергу, захищали позиції *Google* щодо пошуку загалом. Однак ці обмеження можна вважати невід'ємними від бізнес-моделі. Не знаючи, які вебсторінки були доступні (або які місця на вебсторінці були доступні) для продажу *Google*, він не міг обійцяти рекламодавцям привабливі ресурси для їхньої реклами. Рекламодавці меншою мірою оцінюють рекламні місця, якщо в тому ж місці інші посередники розміщують безліч рекламних оголошень, що, у свою чергу, призводить до знецінення матеріально-технічних ресурсів власників вебсайтів. Отже, процес посередництва буде менш ефективним для монетизації результатів власника вебсайту. Якщо власник вебсайту може час від часу обирати, який посередник буде продавати його товари/послуги, то це навряд чи вплине на конкуренцію.

У справі *Google Android* [6] Комісія дослідила ще один двосторонній ринок. Компанія "Google" безкоштовно ліцензувала операційну систему *Android* для виробників мобільних телефонів в обмін на попередню установку на мобільні телефони найбільш рентабельних застосунків *Google*, зокрема і *Google Play* (магазин застосунків), пошук *Google*. *Google* здійснила значні інвестиції в *Android*, щоб відповідати технічним інноваціям у смартфонах, що конкурують, передусім *Apple*, і її операційна система зазвичай уважалася такою, що розширила виробництво доступних телефонів із високими технічними характеристиками. Європейська комісія дійшла висновку, що *Google* займає монополію на ринку мобільних операційних систем, що загальний пошук та вимога попередньої установки *Google Play* та інших застосунків *Google* рівнозначні незаконному зв'язуванню. Це нібито було направлено на те, щоб обмежити доступ на ринок мобільного пошуку для конкурентів. Крім того, було виявлено, що умови *Google* про те, щоб виробники телефонів не розробляли розширені (фрагментовані) версії *Android* за наявності попередньої установлення засто-

сунків *Google*, обмежували конкуренцію з боку розширених версій *Android*.

Також може постати питання, чи переважають вигоди від «антифрагментації» в екосистемі *Android*, яка спонукає розробників створювати значну кількість привабливих програм для нефрагментованих версій операційної системи *Android*, будь-яку шкоду, завдану потенційній конкуренції між розширеними версіями *Android*, у яких не дотримано вимог щодо фрагментації. Крім того, можна поставити під сумнів те, чи була така поведінка невід'ємною частиною бізнес-моделі. Попереднє встановлення застосунків, що приносять дохід, на мобільні телефони було винагородою за значні інвестиції *Google* в *Android*, які, мабуть, привели до зниження цін і збільшення попиту на мобільні телефони з новітніми технологіями. *Google* дозволила виробникам мобільних телефонів агресивно конкурувати з інноваціями виробників мобільних телефонів із закритим програмним забезпеченням, як-от *Apple*.

У контексті даного рішення порушується питання щодо того, чи має попередня установка будь-який ефект обмеження доступу на відповідний ринок. Комісія посиляється на справу *Microsoft* [7] як на прецедент, що забороняє попереднє встановлення програм. Проте даний підхід належить до іншої епохи, коли операційні системи були основним шляхом на відповідний ринок, а попереднє завантаження через широкосмуговий зв'язок було повільним та ненадійним.

У сучасних так званих прецедентах, навпаки, не спостерігається обмеження доступу на відповідний ринок, коли перехід від одного товару до іншого здійснюється легко, а апаратні платформи та магазини застосунків із множинним підключенням існують саме для забезпечення плавного завантаження за секунди. Суд загальної юрисдикції не вбачав загрози в тому, що попередня установка *Skype* на настільний комп'ютер *Microsoft* призведе до обмеження можливості використання голосових застосунків, що конкурують, у справі *Microsoft/Skype* [8]. Аналогічним чином у справі *Facebook / WhatsApp* [9] Європейська комісія дійшла висновку, що перехід з одного застосунку для обміну повідомленнями на інший був безкоштовним, простим та малозатратним у контексті потужності смартфонів. Отже, це відповідає традиційному підходу, коли практика ухвалення рішень передбачає, що жодного ефекту обмеження конкуренції немає, якщо в конкурентів є широкі можливості для доступу на відповідний ринок.

Крім того, улітку 2020 р. Європейська комісія розпочала офіційне антимонопольне розслідування, щоб оцінити, чи порушують правила компанії "Apple" для розробників застосунків про їх поширення через *App Store* норми антимонопольного права Європейського Союзу [10]. Розслідування стосується, зокрема, обов'язкового використання системи покупок *Apple*, інтегрованої в систему застосунків, і обмежень на здатність розробників інформувати користувачів *iPhone* і *iPad* про альтернативні дешевші можливості здійснення покупок поза застосунками. Предметом розслідування, серед іншого, є застосування цих правил до всіх програм, які конкурують із програмами та послугами *Apple* в Європейській економічній зоні (далі – ЄЕЗ). Розслідування тривають за окремими заявами *Spotify* і дистриб'юторів електронних книг / аудіокниг щодо впливу правил *App Store* на конкуренцію в потоковій передачі музики й електронних книг / аудіокниг. Користувачі *iPhone* і *iPad* можуть завантажувати тільки оригінальні (недоступні в інтернеті) застосунки через *App Store*.

Отже, Комісія розслідує, зокрема, два обмеження, застосовані *Apple* в її угодах із компаніями, які хочуть поширювати програми серед користувачів пристроїв *Apple*:

– обов'язкове використання системи покупок, інтегрованої в систему застосунків *Apple* (*IAP*), для поширення платного цифрового контенту. *Apple* стягує за розробників

застосунків комісію в розмірі 30% від усіх абонентських зборів через IAP;

– обмеження на здатність розробників інформувати користувачів про альтернативні можливості здійснення покупок поза застосунками. Хоча Apple дозволяє користувачам споживати контент, як-от музика, електронні книги й аудіокниги, придбані в інших місцях (наприклад, на вебсайті розробника програми), також у застосунку, її правила не дозволяють розробникам інформувати користувачів про такі можливості покупок, які зазвичай дешевші.

Навіть більше, 11 березня 2019 р. постачальник потокової передачі музики та конкурент Apple Music, компанія “Spotify”, подала заяву на два положення в ліцензійних угодах Apple із розробниками і пов’язані з ними Рекомендації щодо перевірки в App Store, а також на їхній вплив на конкуренцію на ринку послуг із потокової передачі музики. Після попереднього розслідування Комісія висловила побоювання, що обмеження Apple можуть перешкодити конкуренції сервісів потокової передачі музики на пристроях Apple. Конкуренти Apple вирішили або цілком вимкнути можливість підписки в застосунку, або підняти ціни на підписку в застосунку. В обох випадках їм не дозволялося інформувати користувачів про альтернативні можливості підписки поза застосунками. Із цього випливає, що зазначені вище зобов’язання “IAP” дають Apple повний контроль над відносинами із клієнтами її конкурентів, які підписалися в застосунку, тим самим позбавляє своїх конкурентів важливих даних про клієнтів, тоді як Apple може отримувати цінні дані про діяльність і пропозиції своїх конкурентів.

Крім того, компанія – розробник гри “Fortnite”, “Epic Games”, подала також заяву щодо діяльності Apple у Європейську комісію. Компанія “Epic Games” стверджувала, що ретельно розроблені антиконкурентні обмеження Apple цілком усунули конкуренцію у процесах поширення застосунків та платіжків. У заяві зазначалось, зокрема, що це призводить до того, що споживачі платять за вищими цінами, це дає Apple занадто великий контроль над розробниками на своїй платформі [11].

З огляду на викладене, станом на тепер є ймовірність того, що Комісія кваліфікуватиме вищезазначену діяльність Apple як зловживання панівним становищем, тобто в рамках ст. 102 ДФЕС.

Крім того, однією з основних цілей Європейської комісії є боротьба з необґрунтованим геоблокуванням (тобто комерційні практики, які не дозволяють онлайн-покупцям отримати доступ і придбати товар або послугу на вебсайті, розташованому в іншій державі-члені, або які автоматично перенаправляють їх на місцевий сайт). Геоблокування також може виникати в разі спроби отримати доступ або придбати онлайн-контент, захищений авторськими правами, в іншій державі-члені.

У 2018 р. ухвалений Регламент про геоблокування [12], відповідно до якого визначено три конкретні ситуації необґрунтованого геоблокування, а саме:

– продаж товарів без фізичної доставки (наприклад, клієнт із Бельгії має намір купити холодильник і знаходить кращу пропозицію на німецькому вебсайті. Покупець має

право замовити товар і забрати його на території продавця або самостійно організувати доставку до себе додому);

– продаж послуг, що надаються в електронному вигляді (наприклад, болгарський споживач бажає придбати послуги хостингу для свого вебсайту в іспанської компанії. Тепер у нього буде доступ до послуги, він зможе зареєструватися і купити цю послугу без додаткової плати в порівнянні з іспанським споживачем);

– продаж послуг, що надаються в певному фізичному місці (наприклад, італійська сім’я відвідує французький тематичний парк і бажає скористатися сімейною знижкою на вартість вхідних квитків. Ціна зі знижкою буде доступна для італійської сім’ї).

Потрібно також звернути увагу на законодавчі ініціативи Європейського Союзу, які так чи інакше матимуть вплив на здійснення суб’єктами господарювання діяльності на цифрових ринках. Європейська комісія запропонувала дві законодавчі ініціативи: Акт про цифрові послуги (DSA) і Акт про цифрові ринки (DMA) [13], основні цілі яких такі:

– створення більш безпечного цифрового простору, у якому будуть захищені основні права всіх користувачів цифрових послуг;

– створення еквівалентних умов для стимулювання інновацій, зростання і конкурентоспроможності як на єдиному європейському ринку, так і в усьому світі.

Цифрові сервіси включають велику категорію онлайн-сервісів, від простих вебсайтів до сервісів інтернет-інфраструктури й онлайн-платформ. Правила, зазначені у DSA, насамперед стосуються онлайн-посередників і платформ. Наприклад, торговельні онлайн-майданчики, соціальні мережі, платформи для обміну контентом, магазини застосунків, а також онлайн-платформи для подорожей і оренди житла. Акт про цифрові ринки включає правила, що регулюють онлайн-платформи посередників (gatekeeper). Платформи посередників – це цифрові платформи, які відіграють системну роль на внутрішньому ринку, які діють як так звані «прохідні пункти» між підприємствами і споживачами для важливих цифрових послуг. Деякі із цих послуг також підпадають під дію Акту про цифрові послуги, але з різних причин і з різними типами положень.

Отже, незважаючи на низку цілеспрямованих заходів втручання в конкретних секторах на рівні Європейського Союзу, нині ще наявні значні правові прогалини, які потребують усунення. Прискорена діджиталізація суспільства й економіки створила ситуацію, коли кілька великих платформ контролюють важливі екосистеми в цифровій економіці. Вони стали так званими «прохідними пунктами» або «посередниками» на цифрових ринках і можуть діяти як приватні законотворці. Однак ці правила іноді призводять до несправедливих умов для компаній, що використовують ці платформи, і до меншого вибору для споживачів. Беручи до уваги ці зміни, єдиний європейський ринок вимагає сучасної правової бази, яка гарантувала б безпеку користувачів у Мережі, встановлювала управління із захистом основних прав на чільне місце, підтримувала справедливе та відкрите середовище онлайн-платформ.

ЛІТЕРАТУРА

1. Crémer J., Montjoye Y. de, Schweitzer H. A report : Competition Policy for the digital era. Brussels, 2019. URL: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.
2. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal*. C. 326. 26/10/2012. P. 0001–0390. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.
3. Case M. 8124 – Microsoft / LinkedIn, Commission Decision (Dec. 6, 2016). URL: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf.
4. Comments by the Business at OECD Competition Committee to the OECD Global Forum on Competition. URL: https://biac.org/wp-content/uploads/2020/11/GFC_Abuse-of-Dominance-in-Digital-Markets_2020-11-23_FINAL-1.pdf.
5. Summary of Commission Decision of 20 March 2019 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40411 – Google Search (AdSense)). URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516198535804&uri=CELEX:52020AT40411\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516198535804&uri=CELEX:52020AT40411(03)).
6. Case COMP/AT. 40099, Google Android, European Commission prohibition decision of 18 July 2018. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf.

7. Case COMP/AT.37792, Microsoft, European Commission decision of 24 March 2004. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf ; Case COMP/AT.39530, Microsoft, European Commission decision of 6 March 2013. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39530/39530_3162_3.pdf.
8. Mergers : Commission welcomes General Court judgment in Microsoft/Skype merger case. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_1137.
9. Mergers : Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_1088.
10. Antitrust : Commission opens investigations into Apple's App Store rules. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073.
11. Epic Games brings Apple fight to the EU with new antitrust complaint. URL: <https://www.theverge.com/2021/2/17/22286998/epic-games-apple-european-commission-antitrust-complaint-app-store-fortnite>.
12. Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) № 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC. *Official Journal of the European Union*. L1 60/1, 2.3.2018. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32018R0302>.
13. The Digital Services Act package. URL: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.