

СТАТЬИ

# ПОВЕДЕНЧЕСКАЯ ЭКОНОМИКА КАК ИНСТРУМЕНТ АДАПТАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О КОНКУРЕНЦИИ К ЦИФРОВОЙ ТРАНСФОРМАЦИИ ОБЩЕСТВА

А.А. Алферова

Университет Утрехта  
3584, Нидерланды, Утрехт, ул. Гейдельберглаан, 8

## Аннотация

Цифровизация и стремительное развитие общества определяют необходимость адаптации законодательства и правоприменительной практики к требованиям цифровой эпохи. Антимонопольная политика также претерпевает изменения и разрабатывает инструменты, которые позволяют своевременно реагировать на вызовы цифровой экономики. Одним из таких инструментов является поведенческая экономика, которая приобретает всю большую значимость в современной цифровой среде и позволяет регулирующим органам проявлять гибкость и способствовать достижению основных целей законодательства о конкуренции — сохранение конкурентного состояния рынка и недопущение концентрации избыточной власти в руках одного хозяйствующего субъекта.

Практика применения поведенческой экономики антимонопольными органами становится все более обширной, поскольку в цифровой среде находится большой пул данных, в том числе о потребителях, который может быть использован компаниями для влияния на пользователей, что может привести к недобросовестной конкуренции. Таким образом, в статье будет изучен вопрос использования антимонопольными органами поведенческой экономики в части потребительского выбора с целью установления возможных поведенческих особенностей потребителей, которые влияют на корректное определение товарных рынков и идентификацию нарушений конкурентного законодательства компаниями.

Применение юридического доктринального подхода, описательного метода и метода сравнительного правоведения позволит установить актуальность темы в разных странах, перспективы и траектории применения поведенческой экономики в антимонопольной практике.

В результате исследования установлен глобальный тренд в применении поведенческой экономики антимонопольными органами как при определении границ товарных рынков, так и для выявления нарушений антимонопольного законодательства. Делается вывод, что использование подобного инструмента будет продолжаться, поскольку содействует своевременной адаптации существующего антимонопольного законодательства к вызовам цифровой эпохи, способствует достижению целей законодательства о конкуренции и создает процветающую конкурентную среду.

## Ключевые слова

поведенческая экономика, бихевиоризм, антимонопольное законодательство, доминирующее положение, злоупотребление доминирующим положением

**Конфликт интересов**

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

**Финансирование**

Исследование не имело спонсорской поддержки.

**Для цитирования**

Алферова, А. А. (2022). Поведенческая экономика как инструмент адаптации законодательства о конкуренции к цифровой трансформации общества. *Цифровое право*, 3(2), 69–82. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-69-82>

Поступила: 15.02.2022, принята в печать: 25.05.2022, опубликована: 30.06.2022

**ARTICLES**

# BEHAVIORAL ECONOMICS AS A TOOL FOR ADAPTING ANTITRUST LEGISLATION TO THE DIGITAL TRANSFORMATION OF SOCIETY

**Anastasiya A. Alferova**

Utrecht University

8, Heidelberglaan, CS Utrecht, 3584, The Netherlands

## Abstract

Digitalization and the rapid development of society determine the need to adapt legislation and law enforcement practice to the requirements of the digital age. Antitrust policy is also changing and developing tools that allow timely response to the challenges of the digital economy. One such tool is behavioral economics, which is becoming increasingly important in today's digital environment, and allows regulators to be flexible and contribute to the achievement of the main goals of competition law – to maintain a competitive state of the market and avoid the concentration of excessive power in the hands of one economic entity.

The practice of applying behavioral economics by antitrust authorities is becoming more extensive, as there is a large pool of data in the digital environment, including information about consumers, which can be used by companies to influence users, as well as lead to unfair competition. Thus, the paper will study the issue of using behavioral economics in terms of consumer choice by antitrust authorities in order to identify possible behavioral insights of consumers that affect the correct establishment of product markets and the identification of competition law violations by companies.

Applying the legal doctrinal approach, the descriptive method, and the comparative law method makes it possible to establish the issue's relevance in different countries and the prospects and trajectories of the usage of behavioral economics in antitrust practice.

As a result of the study, a global trend has been established in the application of behavioral economics by antitrust authorities both in determining the boundaries of commodity markets and in detecting violations of antitrust laws. It is concluded that the use of such a tool will continue, as it contributes to the timely adaptation of existing antitrust laws to the challenges of the digital age, contributes to the achievement of competition law goals, and creates a thriving competitive environment.

## Keywords

behavioral economics, behaviorism, antitrust law, dominant position, abuse of dominance

<b>Conflict of interest</b>	The author declares no conflict of interest.
<b>Financial disclosure</b>	The study had no sponsorship.
<b>For citation</b>	Alferova, A. A. (2022). Behavioral economics as a tool for adapting antitrust legislation to the digital transformation of society. <i>Digital Law Journal</i> , 3(2), 69–82. <a href="https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-69-82">https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-2-69-82</a>

Submitted: 15 Feb. 2022, accepted: 25 May 2022, published: 30 Jun. 2022

## Введение

Цифровая трансформация охватывает многие сферы деятельности человека. Жизнь в цифровой эпохе обуславливает видоизменение, а также необходимость гибкости и новых подходов к уже существующим нормам и принципам. Данный тезис в полной мере относится и к конкурентному праву. Конкуренция приобретает абсолютно разные формы и виды, меняет свое содержание, охват, формирует новые рынки. Подобные изменения требуют также от антимонопольных служб проявления гибкости и ориентированности на итоговую цель — защиту конкуренции. Иными словами, законодательство о защите конкуренции и действия соответствующих служб должны быть направлены на создание и поддержание конкурентной среды на рынке, устранение и предотвращение концентрации рыночной власти в одних руках. Для создания конкурентной среды и процветающего рынка антимонопольным службам необходимо адаптироваться под турбулентное состояние рынка и использовать новые инструменты для установления нарушений конкурентного права.

Одним из таких инструментов является применение поведенческой экономики при идентификации недобросовестной конкуренции на цифровом рынке. Помимо этого, поведенческую экономику используют для создания средств правовой защиты конкуренции. В цифровой среде основные участники рынка поняли влияние и важность информации для своего экономического роста. Выражение «данные — это новая нефть»<sup>1</sup> описывает актуальное отношение к информации в цифровой экономике. Можно соглашаться или нет с указанным выражением, но нельзя отрицать факт, что информация о потребителях представляет особую ценность для цифровых гигантов. В цифровой среде применение инноваций является одним из основных инструментов конкуренции. В основе развития инноваций лежит правильное использование полученных данных, глубокий анализ информации о потребителях и их предпочтениях. Глубокое изучение этого массива данных позволяет компаниям выявить не только поверхностные факты о своих потребителях (например, что они предпочитают брендовые вещи или органические продукты), но и определенные поведенческие инсайты (особенности поведения), влияющие на потребительский выбор.

<sup>1</sup> Evans, M. (2018, March 12). *Why data is the most important currency used in commerce today*. Forbes. <https://www.forbes.com/sites/michelleevans/2018/03/12/why-data-is-the-most-important-currency-used-in-commerce-today/?sh=41e9bc3054eb>

Неоклассическая экономическая теория иллюстрирует потребителя как человека, принимающего обдуманно решения о покупке и принимающего во внимание информацию, доступную в процессе принятия решений. Такой подход базируется на теоретических экономических моделях, которые далеки от реальных рыночных условий и поведения участников рынка. Однако поведенческая экономика утверждает, что люди зачастую иррациональны, поскольку обладают ограниченными когнитивными способностями. Среди поведенческих особенностей потребителей выделяют: когнитивные искажения, такие как эффект приманки (человек меняет предпочтение между двумя вариантами, когда ему предоставляется третий с признаками «асимметричного доминирования») и якорение (люди склонны полагаться на первую предложенную информацию, предложенную в процессе принятия решения), предвзятость подтверждения (предрасположенность отдавать предпочтение информации, которая подтверждает ранее существовавшие у человека убеждения).

Так, в цифровой среде в связи с простотой и массовым сбором данных информацию о поведенческих особенностях потребителей можно рассматривать как новый инструмент конкуренции. Стоит отметить, что использование такой поведенческой аналитики также может привести к нарушению законодательства о конкуренции. Соответственно, применение компаниями поведенческой экономики может служить основанием для установления нарушений в сфере конкурентного права, например злоупотребление доминирующим положением.

Использование поведенческой экономики с целью установления антиконкурентных практик позволяет сформировать реалистичное поведение участников рынка, правильно определить товарные рынки, установить возможные нарушения законодательства компаниями, разработать средства правовой защиты в области конкуренции. Соответственно, цель данной статьи — установить и проиллюстрировать, каким образом поведенческая экономика может использоваться антимонопольными органами в качестве инструмента формирования конкурентного рынка.

Для последовательного раскрытия темы данная статья условно состоит из двух частей. Первая часть ознакомит с основными аспектами поведенческой экономики, сравнит их с аргументами неоклассической теории. Вторая часть проиллюстрирует применение поведенческой экономики антимонопольными органами с целью выявления нарушений антимонопольного законодательства. В данной работе рассмотрена практика Российской Федерации и Европейского союза.

## Результаты

1. Модернизация рыночных отношений и их переход в цифровую среду указали на необходимость совершенствования правового регулирования, применения новых инструментов. Цифровая среда, используемая в качестве площадки для участников рынка, определяет необходимость адаптации законодательства о конкуренции к современным условиям.

2. В условиях цифровизации компании все чаще используют маркетинговые стратегии, которые включают детальный анализ потребителей и их поведенческих особенностей.

3. Действующее законодательство России и Европейского союза использует концепцию «рационального потребителя», который действует исключительно рационально и не поддается никаким эмоциональным и иным факторам. Однако современные реалии требуют пересмотра этой концепции и учета возможных факторов влияния на поведение потребителя. С целью определения реального поведения потребителя используется поведенческая экономика.

4. Поведенческая экономика позволяет понять, как на самом деле ведут себя потребители, какие факторы могут оказывать влияние на их экономические решения.

5. Использование поведенческой экономики позволяет антимонопольным органам следить за состоянием конкуренции, верно определять товарные рынки и идентифицировать нарушения конкурентного законодательства компаниями (например, устанавливать факты злоупотребления доминирующим положением на рынке). Использование подобного инструмента будет содействовать адаптации существующего антимонопольного законодательства к вызовам цифровой эпохи, создавать процветающую конкурентную среду.

## Дискуссия

### Определение потребительского выбора в цифровую эпоху

Под потребительским выбором понимаются «действия, связанные с покупкой, использованием и распоряжением товарами и услугами, включая эмоциональные, психические и поведенческие реакции потребителя, которые предшествуют таким действиям или следуют за ними» (Kadres et al., 2011). Потребительский выбор опосредует процесс принятия решения и достижения человеком своих покупательских целей в краткосрочной и/или долгосрочной перспективе. Однако однозначной дефиниции потребительского поведения не существует.

В рамках неоклассической теории поведение потребителя рассматривается с точки зрения рациональности, а сам потребитель выступает в роли ‘Ното Eсonomісus’ — агента, который руководствуется своими личными (и эгоистичными) мотивами, максимизирует полезность, действует рационально<sup>2</sup>. Допущением данной модели является наличие дефицита, в условиях которого агент имеет ограниченные ресурсы и не может удовлетворить все потребности, поэтому ему приходится делать наилучший возможный выбор среди альтернатив (Jacoby, 2000).

Теория при описании поведения потребителя включает ряд допущений (Zalega, 2014):

- потребители хотят максимизировать полезность и принимают рациональные решения;
- потребитель обладает полным набором информации (о ценах, аналогах, характеристиках и т.д.), которую впоследствии может (и умеет) анализировать, делать рациональные выводы;
- информация бесплатная, ее получение не требует усилий;
- потребители выбирают оптимальный вариант самостоятельно, исходя из своих фиксированных вкусов и предпочтений (а не под влиянием иных факторов);
- цена является движущим фактором в восприятии потребителем ценности продукта (Nicholas, 2012).

Противопоставлением неоклассической теории с принципами рационализма выступает поведенческая теория, которая представляет собой компиляцию положений из различных наук (экономика, психология, социальные науки). Основное внимание в поведенческой экономике отводится анализу причин действий человека в процессе принятия решений. Основоположниками поведенческой теории считаются Дэниэл Канеман и Амос Тверски, которые разработали одну из концепций поведенческой экономики — теорию перспектив (Kahneman et al., 1979). Теория указывает, что выбор индивидуума находится под влиянием различных факторов (эмоции, ошибки восприятия, отношение, окружающие обстоятельства, предшествующий опыт и знакомство ситуации и так далее). Согласно теории, человек при принятии решения склонен искать в опыте уже знакомые ему сценарии и сопоставлять их

<sup>2</sup> Эту теорию представил Джон Стюарт Милль (Mill, 1848/2010).

с настоящим моментом (Kahneman et al., 1979). Поведенческая наука указывает, что поведение человека далеко от рациональности и подвержено многим факторам.

Разберем несоответствия неоклассических допущений существующим реалиям. Начнем с того, что при предоставлении всей необходимой информации человек может считаться «достаточно информированным», а также анализировать ее и делать наилучший выбор. Однако нельзя однозначно утверждать, что потребители обратят внимание на всю информацию, смогут ее правильно воспринять и проанализировать. Поведенческая экономика определяет несколько феноменов, которые указывают на несостоятельность допущения об «информированности» потребителя. Например, «усеченное умозаключение» — потребитель не обращает (вообще или недостаточно) внимания на необходимую информацию. Далее феномен, когда человек делает выбор, опираясь на незначимые факторы (Kahneman et al., 1979). Информационная перегрузка приводит к тому, что потребителю требуется больше усилий для обработки информации, вследствие чего человек принимает неправильные решения (Jacoby, 1974). Аналогичным феноменом является «чрезмерный выбор», когда потребителю предоставляется много альтернатив, вследствие чего он теряет и может сделать неверный выбор (Chernev et al., 2015).

Еще одно явление — это «эффект нулевой цены». При данном эффекте потребительский спрос намного выше при «бесплатном продукте» (или низкой его стоимости). Для представителя из неоклассической теории небольшая разница в ценах должна обеспечить такое же изменение стимула к выбору продукта, но «эффект нулевой цены» показывает обратное (Shampanier et al., 2007). Стоит отметить, что ценовые стратегии компаний строятся еще на том, что цены у потребителей отождествляются с качеством товара/услуги, поэтому иногда потребители отдадут предпочтение более дорогим товарам (Shiv et al., 2005).

Восприятие цены товаров/услуг в современном мире отличается от того, что было несколько лет назад (как минимум до появления социальных сетей и развития цифровых пространств). В настоящее время информация, в том числе данные о потребителях, представляет особую ценность для компаний, на основе анализа которой они строят свои стратегии. Цифровые компании предоставляют свои услуги условно бесплатно, но при этом потребитель «оплачивает» эти услуги своими персональными и иными данными. Очевидно, что потребитель не осознает всей ценности предоставленной информации о себе и добровольно предоставляет ее в обмен на услугу<sup>3</sup>. При этом в цифровом мире информация может рассматриваться как валюта и ценный актив для компаний<sup>4</sup>.

Таким образом, поведение потребителя основывается не только на возможном анализе предоставленной информации, но и бессознательных иррациональных элементах (знания, вовлеченность, опыт и т. д.). Вышеприведенные примеры факторов, которые оказывают влияние на принятие решений, не являются единственными, но они указывают на несостоятельность иллюстрации потребителя как рационального лица, принимающего наилучшие решения в условиях ограниченного выбора<sup>5</sup>. Психологические особенности, влияющие на принятие решений, делают потребителей уязвимыми перед компаниями и их маркетинговыми стратегиями, которые могут манипулировать выбором потребителей.

<sup>3</sup> Например, Bundeskartellamt (2019, February 7). *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html)

<sup>4</sup> Løken, P. (2020, March 9). Why data is not the new oil. *Azets*. <https://www.azets.com/blog/value-of-data/>

<sup>5</sup> Duivenvoorde, B. (2014). *The consumer benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*. (Publication No. 9789462592193) [Doctoral dissertation, University of Amsterdam]. Centre for the Study of European Contract Law (CSECL). <https://hdl.handle.net/11245/1.418228>

Так, цифровая трансформация, изменение принципов ведения бизнеса и перераспределение ценности информации обусловили поиск новых подходов к установлению реальной картины рыночных взаимоотношений. Неоклассическая экономическая теория, господствовавшая до недавнего времени, начинает уступать место поведенческой теории, которая применяется не только компаниями, но и регуляторами для выявления случаев, когда деятельность компании может рассматриваться в качестве недобросовестной.

### **Использование поведенческой экономики для установления нарушений норм конкурентного права**

Значение поведенческой экономики для вопросов, касающихся конкретного права, в современном цифровом обществе возрастает и занимает особое место, поскольку раскрывает реальную ситуацию на цифровых рынках. Рассмотрение вопроса применения поведенческой экономики при установлении нарушений конкурентного законодательства необходимо начать с определения рынка, на котором действуют участники. Далее в данной работе будет раскрыта возможность использования поведенческой экономики при установлении случаев злоупотребления фирмами своим доминирующим положением.

### **Определение товарного рынка и его границ**

Цифровизация кардинальным образом изменила не только общество, но и традиционные рыночные отношения. Данный факт также выражается и в части определения рынка, на котором действуют участники рыночных отношений. Если ранее было довольно легко установить рынок, на котором оперирует монополист (например, рынок товаров, которые он производит), то в цифровой среде монополистом может являться цифровая платформа, которой подконтрольны не только товары/услуги самой платформы, но и иные связанные рынки.

Верное определение товарного рынка является ключевым для конкурентного права. Так, злоупотребления доминирующим положением определяются исходя из такого положения хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара<sup>6</sup>.

В праве Европейского союза понятие товарного рынка является ключевым для антимонопольного законодательства: «любое злоупотребление одним или несколькими предприятиями доминирующим положением на внутреннем рынке или на его значительной части запрещается как несовместимое с внутренним рынком, поскольку это может повлиять на торговлю между государствами-членами»<sup>7</sup>. Таким образом, для оценки доминирующего положения компании обязательным условием является определение соответствующего товарного рынка.

Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «О защите конкуренции» (далее – Закон о конкуренции) определяет товарный рынок как сферу обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности

<sup>6</sup> Федеральный закон РФ о защите конкуренции [Federal Law of the Russian Federation on protection of competition], Собрание законодательства Российской Федерации [СЗ РФ] [Russian Federation Collection of Legislation] 2006, No 31, Item 3434, art. 5, 10.

<sup>7</sup> Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union art. 102, 2012 O.J. (C 326) 47 [hereinafter TFEU].

приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами<sup>8</sup>.

Европейская комиссия указывает, что «товарный рынок включает в себя продукты и/или услуги, которые рассматриваются потребителем как взаимозаменяемые по причине их характеристик, цен и предполагаемого использования»<sup>9</sup>.

Поведенческая экономика вносит свои коррективы в традиционное определение рынка. Например, учитывая поведенческие особенности потребителей, товарный рынок может быть сужен. Так, данную ситуацию хорошо иллюстрирует феномен «лояльность к бренду»: если потребители предпочитают определенный бренд, который в последующем поднимет цену на товар, то потребители не изменят своих предпочтений (Desai et al., 2010)<sup>10</sup>. Аналогичная ситуация возникает и с небрендированными или неоригинальными товарами (копиями), которые воспринимаются как отличные от оригинала, несмотря на идентичные характеристики. Такое предпочтение брендированным товарам может привести к несовершенным схемам замещения.

Более того, поведенческая экономика показывает, что потребителям свойственно недооценивать информацию в части рассмотрения потребности во вторичных продуктах в будущих периодах (например, зарядное устройство для телефона). Также фирма, которая доминирует на первичном рынке, может устранить конкуренцию на вторичных рынках, отказавшись предоставлять компоненты или необходимую информацию для разработки продукта или связав первичные и вторичные продукты.

Следует отметить, что сложность определения товарного рынка в цифровой среде состоит в том, что цифровые платформы — многосторонние рынки, на которых взаимодействуют разные группы потребителей. При этом многие покупатели получают услуги платформ условно бесплатно (платят информацией (Newman, 2014)). В данной ситуации возникает проблема определения не только товарного рынка как такового, но и его границ.

Подход, сформированный ФАС России, указывает на то, что при установлении границ цифровых рынков необходимо учитывать:

- обращение товаров на рынках, которые неразрывно связаны с функционированием рынков информационно-телекоммуникационных технологий (ИКТ);
- некоторое программное обеспечение (ПО) не может работать без базового (операционных систем).

С учетом вышеуказанных пунктов при условии отсутствия издержек на тиражирование, воспроизведения и транспортировки цифровых товаров товарный рынок может считаться глобальным. Однако при анализе определения товарного рынка и его границ необходимо учитывать особенности потребления товаров, включая выяснение мнения приобретателей товара о географических границах товарного рынка («тест гипотетического монополиста»).

<sup>8</sup> Федеральный закон РФ о защите конкуренции [Federal Law of the Russian Federation on protection of competition], Собрание законодательства Российской Федерации [СЗ РФ] [Russian Federation Collection of Legislation] 2006, No 31, Item 3434, art. 4.

<sup>9</sup> Eur. Comm'n, Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, 1997 O.J. (C 372) 5 (Dec. 9, 1997), para. 7.

<sup>10</sup> См. также Vivien, R. (2010, April 5). *The role of behavioral economics in competition law: A judicial perspective*. Competition Policy International. Автор обсуждает проблему, когда одежда с логотипом группы, продаваемая за 18 фунтов, может рассматриваться как другой товарный рынок, чем одежда, продающаяся за 3 фунта стерлингов без логотипа бренда.

Европейская комиссия также склонна давать широкое определение рынков, при этом комиссия изучает «всю доступную информацию, которая может иметь значение»<sup>11</sup> для определения рынка и его границ, рассматривает возможные факторы, формирующие потребительский спрос: данных о продажах, влияние бренда (лояльность к бренду), а также проводит опросы<sup>12</sup>.

Таким образом, корректное определение релевантного товарного рынка в цифровую эпоху производится исходя из реальных предпочтений и поведенческих особенностей потребителей, а также с учетом динамичного развития цифровых рынков.

### **Злоупотребление доминирующим положением**

Доминирующее положение — один из ключевых терминов в антимонопольном законодательстве как России, так и Европейского союза. С целью создания благоприятной и конкурентной рыночной структуры устанавливается запрет субъекту на злоупотребление доминирующим положением, которое приводит к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей<sup>13</sup>.

Соответственно, корректное выявление действий, которые попадают под категорию «злоупотребление доминирующим положением», является приоритетной задачей регулирующих органов многих стран. Учитывая особенности цифровой эпохи, применение поведенческой экономики способствует установлению нарушений конкурентного права.

### **Практика применения поведенческой экономики при установлении нарушений антимонопольного законодательства в России**

**А) Злоупотребление доминирующим положением компанией Google Inc. (Дело № 1-14-21/00-11-15)<sup>14</sup>.** В данном деле ФАС России рассматривало заявление ООО «ЯНДЕКС», указывающее на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства в действиях Google Inc. Поводом для обращения в антимонопольный орган послужил факт того, что Google запретил предустановку сервисов «Яндекса» на мобильных устройствах с операционной системой Android. При рассмотрении данного дела Комиссия указала, что предустановка программных продуктов на устройство — эффективный способ распространения таких продуктов. Помимо этого, было отмечено, что самостоятельная установка таких программ используется гораздо реже в сравнении с уже установленными.

В качестве аргументов наличия признаков злоупотребления доминирующим положением компанией Google были использованы положения поведенческой экономики, а именно: установлена поведенческая особенность потребителей — «пассивное поведение». Комиссия

<sup>11</sup> Eur. Comm'n, DG Competition, Communication from the Commission—Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009 O.J. (C45) 7 (Dec. 3, 2008), para. 25.

<sup>12</sup> Eur. Comm'n, Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, 1997 O.J. (C 372) 5 (Dec. 9, 1997), para. 7.

<sup>13</sup> Федеральный закон РФ о защите конкуренции [Federal Law of the Russian Federation on protection of competition], Собрание законодательства Российской Федерации [СЗ РФ] [Russian Federation Collection of Legislation] 2006, No 31, Item 3434, art. 10.

<sup>14</sup> Решение Комиссии ФАС России от 18.09.2015, № 1-14-21/00-11-15.

с помощью проведенного социологического опроса<sup>15</sup> установила, что потребители не изменяют предустановленные приложения и сервисы, а также не скачивают аналогичные приложения самостоятельно. Указано, что потребители предпочитают не совершать активных действий, а пользуются предоставленными сервисами:

- 67,2 % пользователей мобильных устройств и 65,8 % пользователей планшетов не меняли предустановленную поисковую систему;
- 67,5 % пользователей мобильных устройств и 67,5 % пользователей планшетов при поиске в интернете пользуются адресной строкой браузера;
- 35,1 % пользователей мобильных устройств и 35,2 % пользователей планшетов при поиске в интернете используют поисковый виджет на главном экране;
- 17–18 % опрошенных указали, что не используют функциональность поиска по умолчанию, а предпочитают вебсайт поисковой системы<sup>16</sup>.

Также Комиссия рассмотрела аспект преимущественного расположения иконок приложений на главном экране устройства. Было установлено, что расположение приложений на экране влияет на частоту их использования: если приложение (его иконка) расположено на главном экране устройства, то к нему чаще обращаются пользователи.

На основании данных факторов сделан вывод о том, что предустановка мобильных приложений на устройстве изначально способствует значительно большему охвату аудитории пользователей и частоте использования предустановленных мобильных приложений и сервисов. Вышеуказанное приводит к созданию препятствий доступа конкурентов на рынок поиска, что может привести к ограничению конкуренции в связи с сокращением числа хозяйствующих субъектов на товарном рынке.

**Б) Злоупотребление доминирующим положением компанией Microsoft Corporation (Дело № 1-00-168/00-11-16)**<sup>17</sup>. ФАС России рассматривало заявление акционерного общества «Лаборатория Касперского» (АО «Лаборатория Касперского», Общество) о нарушении антимонопольного законодательства со стороны Microsoft Corporation. Общество заявило, что Microsoft не предоставило актуальную версию операционной системы (ОС) Windows 10 в необходимый срок для адаптирования антивирусного программного обеспечения (ПО).

В ходе рассмотрения дела были применены положения поведенческой экономики в части восприятия потребителями информации. Было установлено, что потребители ПО АО «Лаборатория Касперского» после обновления ОС Windows до версии Windows 10 и обновления антивирусного ПО от АО «Лаборатория Касперского» видели на своих мониторах уведомление (запрос) от Центра обеспечения безопасности Windows. В запросе пользователей просили подтвердить, что они действительно хотят запустить ПО стороннего поставщика для обновления. В случае же с обновлением ПО Windows Defender (антивирусная программа от Windows) такого уведомления не было.

При этом был проведен анализ поведенческого восприятия всплывающих окон на устройствах потребителей. Установлено, что потребителям демонстрировали диалоговые окна, которые вводили их в заблуждение относительно отсутствия у компьютера защиты

<sup>15</sup> Социологический опрос ВЦИОМ, Приложения № 7, 8, 9 и 10 к Дополнительным пояснениям ООО «Яндекс» от 29.05.15); опрос, проведенный Romir по заказу Google, Приложение № 3 к ходатайству Google об отложении рассмотрения дела от 03.07.2015).

<sup>16</sup> Социологический опрос ВЦИОМ, 2015.

<sup>17</sup> Решение Комиссии ФАС России от 15.08.2017, № 1-00-168/00-11-16.

в режиме реального времени и побуждали потребителя отключить имеющееся стороннее антивирусное ПО. Данные действия были совершены с применением знаний о поведенческих особенностях потребителей, а именно использовались определенные выражения и цветовое оформление:

- цветовые решения, создающие у потребителя тревожное ощущение угрозы безопасности устройства (выполнение диалогового окна Windows Defender в цветовой палитре желтого и оранжевого цветов);
- использование текстовых (сообщение «Состояние компьютера: Средство “Защитник Windows” отключено») и цветовых элементов диалогового окна создавало впечатление у пользователя об угрозе безопасности для всего устройства;
- использование текстовых элементов указательного характера (сообщение «Программа “Защитник Windows” отключена», так как у вас уже есть антивирусная программа. Удалите установленную антивирусную программу, чтобы включить Защитник Windows»), цветовых элементов диалогового окна и знаков пунктуации (восклицательный знак) побуждает пользователя удалить ранее установленное стороннее ПО;
- использование текстовых элементов (сообщение «Защита в реальном времени: Обработка другой антивирусной программой») и изобразительного элемента (пиктограмма «восклицательный знак» на желто-оранжевом фоне) создало впечатление об отсутствии защиты устройства;
- использование кнопки «Включить» позволило создать ложное впечатление у пользователя о возможности привести в действие дополнительную защиту;
- использование мелкого шрифта при размещении информации об удалении ранее установленного антивирусного ПО, а также форма такого информирования — при наведении курсора на кнопку.

Таким образом, применение поведенческой экономики в части особенностей восприятия потребителем информации способствовало установлению факта нарушения конкурентного законодательства компанией Microsoft Corporation.

### ***Практика применения поведенческой экономики при установлении нарушений антимонопольного законодательства в Европейском союзе***

**А) Дело Microsoft Corporation.** Европейская комиссия в 2004 году установила (дело Microsoft I)<sup>18</sup>, что Microsoft незаконно объединила свою ОС Windows со своей программой — проигрывателем Windows Media (WMP). При этом потребителей не принуждали ни экономически (оплата), ни технически, от них не требовали приобретать дополнительные услуги или товары за проигрыватель WMP, так как он был бесплатным. Рациональный подход, описанный Microsoft в свою защиту, указывал, что пользователи могут загружать другие альтернативные медиаплееры, соответственно проигрыватель от Windows потребители использовали по собственному желанию, основываясь исключительно на преимуществах продукта Microsoft. Однако Комиссия применила положения поведенческой экономики и полагалась на фактическое (а не предполагаемое рациональное поведение потребителя). Комиссией был установлен поведенческий феномен «инерции конечных пользователей»<sup>19</sup>: наличие предустановленного проигрывателя WMP в ОС устраняет у пользователей стимулы для загрузки альтернативных конкурентных медиаплееров. Комиссия указала, что пользователи, у которых проигрыватель

<sup>18</sup> Case COMP/C-3/37.792—Microsoft Corp., Comm’n Decision, (Mar. 24, 2004) (Summary: 2007 O.J. (L 32) 23).

<sup>19</sup> Case COMP/C-3/37.792, 2004.

уже установлен, с меньшей вероятностью будут использовать альтернативные медиаплееры, поскольку у них уже есть приложение, которое обеспечивает их потребность в воспроизведении музыки / видео / изображений. Аргументация в решении продемонстрировала влияние феномена «инерции пользователей» на вопрос установления факта нарушения антимонопольного законодательства: «...поставщики должны тратить ресурсы, чтобы преодолеть инерцию конечных пользователей и убедить их игнорировать предварительную установку WMP»<sup>20</sup>.

Аналогичные рассуждений использовалась в другом деле Microsoft, который касался привязки веб-браузера Microsoft (Internet Explorer) к ОС Windows (дело Microsoft II)<sup>21</sup>. Было установлено, что по причине привязки Internet Explorer к Windows, Internet Explorer используется на 90 % компьютеров в мире, что искажает конкуренцию между альтернативными веб-браузерами. Аргумент о возможности загрузки альтернативных веб-браузеров был отклонен также доводами поведенческой экономики, а именно — необходимостью преодоления инертности пользователей, потому что поиск, выбор и установка нового альтернативного веб-браузера требуют от потребителей не только активных действий, но и знания обо всех этих альтернативах<sup>22</sup>.

Комиссия провела опрос потребителей, который показал, что большая часть пользователей Windows, использующих Internet Explorer в качестве основного веб-браузера, не загружают альтернативные веб-браузеры по причинам:

- 55 % пользователей указали на отсутствие необходимости;
- 31 % пользователей не обладал знаниями об установке или загрузке программного обеспечения;
- 15 % пользователей сочли процесс загрузки или установки программного обеспечения сложным;
- 8 % пользователей имели угрозы безопасности;
- 7 % пользователей не знали о возможности скачать альтернативный веб-браузер<sup>23</sup>.

Как было отмечено в решении, «Microsoft привязывает Internet Explorer к операционной системе Windows, наносит ущерб конкуренции между веб-браузерами, подрывает инновацию продуктов и, в конечном счете, ограничивает выбор потребителей»<sup>24</sup>.

В делах Microsoft суд постановил, что для выявления злоупотреблений не требуется никаких доказательств фактического влияния на рынок, но требуется подход, основанный на воздействии, который включает оценку вреда потребителя: «выводы Комиссии (...) сами по себе достаточны для того, чтобы установить, что четвертый составляющий элемент неправомерного связывания [т. е. прекращение конкуренции] присутствует в данном случае. Эти выводы (...) основаны (...) на характере оспариваемого поведения, на условиях рынка и на основных характеристиках рынка и на основных характеристиках соответствующих продуктов»<sup>25</sup>.

Таким образом, в данных делах продемонстрировано, что пользователи подвержены множеству поведенческих ловушек (инертность, неинформированность и иные), которые компании используют для своих целей.

<sup>20</sup> Case COMP/C-3/37.792, 2004.

<sup>21</sup> Case COMP/39.530—Microsoft (Tying), Comm'n Decision (Summary), 2013 O.J. (C120) 15 (Microsoft (Tying)).

<sup>22</sup> Case COMP/39.530, 2013.

<sup>23</sup> Buhr, C.-C., Bulst, F. W., Foucault, J., & Kramler, T. (2010). *The Commission's decision in the Microsoft Internet Explorer case and recent developments in the area of interoperability*. The commission police newsletter. [https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010\\_1\\_12.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_1_12.pdf)

<sup>24</sup> European Commission. (2009, January 17). Antitrust: Commission confirms sending a Statement of Objections to Microsoft on the tying of Internet Explorer to Windows. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_09\\_15](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_15)

<sup>25</sup> Case T-167/08 —Comm'n Decision, 2012 OJ (C-171/2008), para 1058.

## Заключение

Российская и европейская практика применения законодательства о конкуренции, в частности нормы о злоупотреблении доминирующим положением на рынке, трансформируется и использует идеи поведенческой экономики. При рассмотрении дел о нарушении конкуренции контролирующие органы отступают от постулатов неоклассической теории экономической рациональности и внедряют положения поведенческой теории. Выбор потребителей напрямую зависит от когнитивных предубеждений и далек от ожидаемой рациональности. Данный факт указывает на разрыв между неоклассической экономической теорией и экономической реальностью. Благодаря этому более четко очерчивается реальная рыночная ситуация. В связи с этим применение поведенческого подхода видится перспективным для области конкурентного права.

Оценка и анализ поведения потребителей дополняют положения законодательства о конкуренции, поскольку учитывают фактическое поведение участников рынка. Именно подход, основанный на фактическом поведении акторов и ситуации на рынке, позволяет вести эффективную конкурентную и регуляторную политику. Применение поведенческой экономики позволяет правоприменительной практике трансформироваться вместе с обществом и средой, не отставая от них и обеспечивая актуальные потребности общества.

Поведенческая экономика демонстрирует более реалистичную картину цифрового рынка. Компании уже давно используют поведенческие особенности потребителей в своих маркетинговых стратегиях. Тем не менее в современном цифровом обществе такое применение может представлять собой нарушение законодательства о конкуренции. Использование новых методов для установления антиконкурентных практик будет способствовать достижению целей законодательства о конкуренции: формированию эффективной и процветающей конкурентной среды, развитию инноваций.

## Список литературы / References

1. Beinhocker, E. (2006). *The origin of wealth: Evolution, complexity and the radical remaking of economics*. Harvard Business School Press.
2. Chernev, A., Böckenholt, U., & Goodman, J. (2015). Choice overload: A conceptual review and meta-analysis. *Journal of Consumer Psychology*, 25(2), 333–358. <https://doi.org/10.1016/j.jcps.2014.08.002>
3. Desai, D., & Waller, S. (2010). Brands, competition, and the law. *BYU Law Review*, 2010(5), Article 1425. <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2010/iss5/1>
4. Jacoby, J. (2000). Is it rational to assume consumer rationality? Some consumer psychological perspectives on rational choice theory. *Roger Williams University Law Review*, 6(1), Article 5. [https://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol6/iss1/5](https://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol6/iss1/5)
5. Jacoby, J., Speller, D., & Kohn, C. (1974). Brand choice behavior as a function of information load. *Journal of Marketing Research*, 11(1), 63–69. <https://doi.org/10.1177/002224377401100106>
6. Kahneman, D., & Tversky, A. (1979). Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica*, 47(2), 263–292. <https://doi.org/10.2307/1914185>
7. Kardes, F., Cronley, M., & Cline, T. (2011). *Consumer behavior*. South-Western Cengage Learning.
8. Mill, J. S. (2010). *Principles of political economy: With some of their applications to social philosophy*. Nabu Press. (Original work published 1848)

9. Newman, J. M. (2015). Antitrust in zero-price markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, 164(1), 149–206. <https://www.pennlawreview.com/wp-content/uploads/2020/04/164-U-Pa-L-Rev-143.pdf>
10. Nicholas, H. (2012). What is the problem with neoclassical price theory? *World Review of Political Economy*, 3(4), 457–477. <https://doi.org/10.13169/worrevipoliecon.3.4.0457>
11. Shampanier, K., Mazar, N., & Ariely, D. (2007). Zero as a special price: The true value of free products. *Marketing Science*, 26(6), 742–757. <https://doi.org/10.1287/mksc.1060.0254>
11. Shiv, B., Carmon, Z., & Ariely, D. (2005). Placebo effects of marketing actions: Consumers may get what they pay for. *Journal of Marketing Research*, 42(4), 383–393. <https://doi.org/10.1509/jmkr.2005.42.4.383>
12. Zalega, T. (2014). Consumer and consumer behaviour in the neoclassical and behavioural economic approach. *Konsumpcja i Rozwój*, 4(9), 64–79. [bwmeta1.element.desklight-854d7ad4-1a66-4216-9a9d-06d73c1363c6](https://doi.org/10.1509/jmkr.2005.42.4.383)

---

Сведения об авторе:

**Алферова А. А.** — магистр права Университета Утрехта, Утрехт, Нидерланды.

[bobyleva.law@gmail.com](mailto:bobyleva.law@gmail.com)

---

Information about the author:

**Anastasiya A. Alferova** — LLM, Utrecht University, Utrecht, The Netherlands.

[bobyleva.law@gmail.com](mailto:bobyleva.law@gmail.com)