

Сфера применения конкурентного права в цифровой экономике

Я. Лианос, Н. Зингалес, Э. Маклин, А. Раслан, М. Страдер

Для цитирования: *Лианос Я., Зингалес Н., Маклин Э., Раслан А., Страдер М.* Сфера применения конкурентного права в цифровой экономике // Правоведение. 2019. Т. 63, № 4. С. 522–572. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.402>

В статье рассматриваются новые проблемы, возникающие в сфере цифровой экономики и нуждающиеся в антимонопольном регулировании, проведен анализ средств правовой защиты и процедур конкурентного права в условиях цифровизации. Изменения таких средств и процедур могут принимать одну из двух форм: 1) обеспечение скорости правоприменения, чтобы не приходилось действовать в ситуации, когда на рынке уже случился перелом и антиконкурентный процесс практически невозможно повернуть вспять; 2) разработка мер по устранению правонарушения, учитывающих масштаб антиконкурентного поведения и отражающих сложность цифровых рынков. Авторы статьи доказывают, что антимонопольным органам необходимо рассматривать обеспечительные меры и решения об обязательствах как взаимодополняющие инструменты в условиях цифровой экономики. Обеспечительные меры можно использовать для сложных и длительных расследований, где есть риск нанесения необратимого вреда конкуренции и где речь идет о наиболее опасных нарушениях антимонопольного законодательства, таких как картели и злоупотребление доминирующим положением. Решения об обязательствах могут быть использованы для устранения менее серьезных нарушений. В статье проанализировано разделение компаний как способ устранения нарушений. По мнению авторов, такое разделение может принимать разные формы и не обязательно должно быть структурным. «Облегченный» вариант разделения достигим с помощью мер, обязывающих цифровые платформы не использовать личные данные, собранные участниками их экосистем, за исключением случаев, когда они получили явное согласие от своих пользователей. Также рассматриваются проблемы переносимости данных и совместимости разных платформ. Авторы доказывают, что странам БРИКС необходимо дополнить национальное законодательство по защите персональных данных в части норм об их переносимости. Право на переносимость данных оказывает значительное влияние на конкуренцию на цифровых рынках. Для многосторонних цифровых платформ характерны интенсивные сетевые и блокирующие эффекты. В среде, где предприятия конкурируют за рынок, а не на рынке, где действуют условия

Лианос Янис — д-р юрид. наук, главн. науч. сотр., Институт права и развития ВШЭ — Сколково, Российская Федерация, 109028, Москва, Покровский бул., 11; Университетский колледж Лондона, Великобритания, GS141, Лондон, ул. Эндшлейх Гаденс, 4–8; i.lianos@ucl.ac.uk

Зингалес Николо — д-р философии в экономике и международном праве, проф., Университет Лидса, Великобритания, LS2, Лидс, Вудхаус, 9JT; n.zingales@leeds.ac.uk

Маклин Эндрю — исследователь, Центр права, экономики и общества Университетского колледжа Лондона, Великобритания, WC1E, Лондон, ул. Гоувера, Блумсбери, 6BT; andrew.mclean@ucl.ac.uk

Раслан Азза — д-р философии, Центр права, экономики и общества Университетского колледжа Лондона, Великобритания, WC1E, Лондон, ул. Гоувера, Блумсбери, 6BT; azza.raslan.10@alumni.ucl.ac.uk

Страдер Мэтью — д-р философии в конкурентном праве, Центр права, экономики и общества Университетского колледжа Лондона, Великобритания, WC1E, Лондон, ул. Гоувера, Блумсбери, 6BT; jay.matthew.strader@gmail.com

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2021

«победитель получает все» или «победитель получает большую часть», право на переносимость данных может немного ослабить власть больших цифровых платформ.

Ключевые слова: цифровая экономика, обеспечительные меры, решения об обязательствах, разделение цифровых платформ, персональные данные, переносимость данных, спроектированная конкуренция, страны БРИКС.

1. Взаимодействие конкурентного права с другими областями права в цифровой экономике: самостоятельные области или режим взаимного укрепления?

Конкурентное (антимонопольное) право — один из многих инструментов, позволяющих государству вмешиваться в деятельность рынков. Его контуры следует определять с учетом прочих форм государственного вмешательства, таких как регулирование¹. Государства вмешиваются в деятельность рынков ради достижения различных стратегических целей. Иногда эти стратегические цели согласуются друг с другом, а иногда вступают в противоречие и требуют в качестве ответных мер идти на различные компромиссы, в частности стремиться к эффективности, корректировать рыночные сбои и/или демонстрировать приверженность к сохранению баланса интересов и справедливому распределению.

Рассматриваемая в более широком смысле конкурентная политика (включая в себя не только антимонопольное законодательство, но и иные меры, направленные на решение проблем конкуренции в экономике) взаимодействует с деятельностью государства по организации экономического поведения на самых разных уровнях. Государство организует экономическую деятельность, в частности, определяя структуру и характер регулирования, а также в целом степень участия государства в экономике. Понимание того, чем антимонопольное законодательство отличается от политики в области конкуренции, позволяет яснее увидеть пределы возможностей антимонопольных органов, когда речь заходит о стимулировании конкуренции в ситуациях, требующих комплексного регулирования. При рассмотрении вопроса об институциональной структуре мы видим, что, разрабатывая оптимальную политику в области конкуренции, страны должны принять решение по трем вопросам: что следует оставить в ведении антимонопольного законодательства (в том числе антимонопольных ведомств и судей); что останется исключительно в ведении органов, не занимающихся вопросами конкуренции (таких как отраслевые регуляторы); а также каким образом будет устанавливаться параллельная юрисдикция между антимонопольным органом и двумя или более регулирующими органами.

Законодательство в области конкуренции и отраслевое регулирование могут вступать в прямое противоречие друг с другом. Это может происходить, если регулирование влияет на ключевые параметры конкурентных рынков, ограничивая конкуренцию в отношении цен, качества и входа на рынок, что часто бывает в ситуации экономического регулирования. Наряду с этим возможно и косвенное противоречие, когда ключевые аспекты конкуренции не становятся прямым объектом регулирования, но последнее может влиять на них косвенно, как бывает в случае социального или технического регулирования.

¹ Существует огромное количество литературы о разграничении конкуренции и регулирования, рассматриваемых как отдельные сферы, находящиеся в постоянном взаимодействии. Отметим несколько недавних работ по этой теме в Европе: *Dunne N. Competition law and Economic Regulation — Making and Managing Markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015; *Drexel J., DiPorto F. Competition Law as Regulation*. Massachusetts: Edward Elgar, 2015.

Экономическое регулирование означает, что государство вмешивается в конкретный сектор экономики с целью устранить рыночный сбой, возникший, например, в результате естественной монополии или асимметричной информации. Оно (государство) действует априори, осуществляет постоянный мониторинг и навязывает свои решения в управлении.

Конкурентное право, напротив, представляет собой набор правил для работы на рынке, призванных предотвратить злоупотребления рыночной властью во всех секторах. Оно действует апостериори, т. е. в ситуации, когда подобное поведение было замечено. В основном конкурентное право опирается на сдерживающую силу санкций. С этой точки зрения, по сравнению с регулированием, конкурентное право является менее жестким инструментом управления рынком.

Таким образом, экономическое регулирование служит дополнением к законам о конкуренции в том смысле, что оно контролирует монополии, которые никогда не будут эффективно функционировать в условиях конкуренции, и его основная функция — принимать меры по контролю монопольного ценообразования. Обеспечивая недискриминационный доступ к необходимым ресурсам, таким как сетевая инфраструктура, экономическое регулирование способствует конкуренции на рынках, предоставляя тем самым более широкие возможности вмешательства для конкурентного права. Чем меньше режим регулирования вмешивается в работу рынка, тем больше пространство для конкурентного права. Повышение доверия к конкуренции и рынкам способно подтолкнуть отдельные, прежде подвергавшиеся регулированию сектора экономики к применению специального антимонопольного режима, который учитывает специфику соответствующего сектора экономики, и даже привести к применению общих норм законодательства о конкуренции. Подобное перемещение в диапазоне от регулирования до конкуренции мы наблюдаем в различных секторах экономики, таких как авиаперевозки, морские перевозки, телекоммуникации и т. д. Однако оно может быть заменено законодательством о конкуренции, ведь опыт показывает, что, когда рынки или сегменты сетевых отраслей становятся конкурентоспособными, отраслевое регулирование часто заменяется законодательством о конкуренции. Фактически это произойдет, когда взаимодействие законодательства о конкуренции и регулирования оказывается проблематичным, особенно если режим регулирования ставит себе задачей контролировать цены, ограничивать вход на рынок, предоставлять уже действующим на рынке игрокам конкурентное преимущество и/или требует, разрешает или поощряет определенную практику, запрещенную антимонопольным законодательством. Риск возникновения серьезного конфликта возрастает, если соблюдение законодательства о конкуренции и регулирование конкретного сектора экономики обеспечивают разные институты².

В отношении социального и технического регулирования ситуация более сложна. Например, такое регулирование устанавливает стандарты и отслеживает их соблюдение с тем, чтобы обеспечить совместимость между различными продуктами, решает вопросы, связанные с конфиденциальностью, безопасностью и экологией. При этом выделяются ситуации «побочного конфликта» (*lateral conflict*) и «регуляторного осмоса» (*regulatory osmosis*). Первые возникают в случае, когда применение антимонопольного законодательства ставит под угрозу цели, ради которых были созданы эти различные регуляторные инструменты. Во втором случае речь идет

² Именно так могут обстоять дела в ЕС, где Европейская комиссия и сеть национальных антимонопольных органов отвечают за выполнение законодательства о конкуренции, а национальные регуляторные органы отвечают за регулирование. В Великобритании риск подобного конфликта смягчает то, что у разных отраслевых регуляторов совпадают правоприменительные полномочия, касающиеся соблюдения законов о конкуренции в соответствующих секторах экономики.

о поглощении целей регулирования в ходе применения законодательства о конкуренции — подобное происходит вследствие необходимости толковать и применять принципы конкурентного права в соответствии с целями и структурой всей правовой системы, в которую конкурентное право интегрировано. Полагаем, что нет никакого противоречия в утверждении, что антимонопольный орган или судья, обеспечивающий соблюдение законодательства о конкуренции, должны стремиться толковать закон в соответствии с более широкими моральными и правовыми принципами, лежащими в основе правовой системы, в рамках которой этот закон действует.

Здесь возникают два вида общих ситуаций.

Во-первых, законодательство о конкуренции, помимо собственных задач, может содержать соображения уровня государственной политики, или же отраслевые регуляторы, обладающие параллельной юрисдикцией для применения законодательства о конкуренции, включают в свое программное заявление одновременно несколько целей, и этим регуляторам часто приходится учитывать все эти цели и им соответствовать.

Во-вторых, даже если не учитывать эти соображения в качестве «целей», стоящих перед антимонопольным органом, необходимо принимать в расчет более широкие принципы правовой системы, когда речь заходит о толковании закона. Следует сосредоточить внимание на том, как эти принципы расшифровываются в правовом и институциональном контексте.

Это особенно важно для таких областей, как конкурентное право, в котором сами правовые нормы редко отвечают на вопрос о том, как именно их следует интерпретировать, а значит, важную роль здесь играет толкование права. Следовательно, можно провести различие между социальным и техническим регулированием относительно уровней «обязательств», касающихся учета публичных интересов. Если среди целей законодательства о конкуренции или в программном заявлении регуляторов, проводящих в жизнь законодательство о конкуренции, фигурирует некая строгая и широкая по своему охвату обязанность, это будет означать, что руководство, принимающее решения, должно максимизировать все задачи или приоритизировать одни задачи в ущерб другим сообразно существующей между этими задачами иерархии. Во всех остальных ситуациях, когда обязанность не носит столь строгого характера, цели должны учитываться лишь до определенной степени, чтобы правовая система не продуцировала противоречивых требований со стороны экономических субъектов и, говоря шире, не страдала целостность правовой системы.

Реализация этих широко понимаемых принципов в рамках цифровой экономики потребует объединения усилий антимонопольных органов, горизонтальных и отраслевых регуляторов, а также судов. Дело компании Facebook в Германии — любопытная иллюстрация того, какие трудности неизбежно возникают у антимонопольных органов, которые полагаются на другие области права (в данном конкретном случае — на законодательство о защите персональных данных). В таких случаях антимонопольные органы выдвигают и обосновывают теории вреда, позволяющие почти автоматически сделать вывод о том, что закон о конкуренции был нарушен с момента, когда определенное поведение доминирующего участника рынка нарушило требования законодательства о защите данных или законодательства в любой иной сфере, и устанавливают баланс интересов одновременно в рамках конкурентного законодательства и законодательства о защите персональных данных³.

³ Bundeskartellamt, Facebook Decision, 06.02.2019, B6-22/16. Para. 894–913. URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (дата обращения: 30.09.2020).

В решении Высшего земельного суда Дюссельдорфа от 26.08.2019 подобный подход не нашел поддержки⁴. Суд занял иную позицию в вопросе о том, может ли вывод о злоупотреблении Facebook своим доминирующим положением основываться исключительно на предположении Федерального антимонопольного ведомства Германии (Bundeskartellamt) о том, что рассматриваемые в рамках иска условия пользования сервисом Facebook нарушают обязательные требования законодательства о защите персональных данных. Федеральное антимонопольное ведомство предположило, что выявленные вследствие доминирующего положения Facebook на рынке, и таким образом установило причинно-следственную связь. В результате пользователям сети Facebook не оставалось ничего, кроме как соглашаться на установленные компанией условия, что и являлось злоупотреблением со стороны компании. Тем не менее Высший земельный суд Дюссельдорфа отверг данное предположение, исходя из того, что (предполагаемое) нарушение законодательства о защите персональных данных со стороны доминирующей на рынке компании не обязательно представляет собой злоупотребление рыночной властью. Суд заявил, что Федеральное антимонопольное ведомство недостаточно подробно аргументировало вывод о том, что доминирующее положение компании Facebook на рынке дало ей возможность навязывать свои условия пользователям. В отсутствие такого объяснения суд принял решение об отсутствии основания, в соответствии с которым сторона договора, пострадавшая от нарушения доминирующей компанией законодательства о защите персональных данных, заслуживает защиты антимонопольным законодательством, тогда как оказавшийся в аналогичной ситуации контрагент компании, не занимающей доминирующее положение, такой защиты не получает. Все это показывает, что, прежде чем делать выводы о наличии злоупотребления, необходимо провести независимую оценку как в рамках антимонопольного законодательства, так и в рамках законодательства о защите персональных данных. Кроме того, суд указал, что данные, предоставляемые пользователем сервису Facebook, могут копироваться бесконечное число раз, и, следовательно, обработка данных экономически не ослабляет пользователя. Установление конструктивной взаимосвязи между законодательством о конкуренции и другими регуляторными режимами, такими как защита персональных данных, совместимость и переносимость данных, для целей построения специальных теорий вреда в контексте цифровой экономики открывает антимонопольным ведомствам важное направление для экспериментирования в будущем.

2. Пересмотр средств правовой защиты и процедур конкурентного права в условиях цифровой экономики

Изменения средств правовой защиты и процедур конкурентного права в условиях цифровой экономики могут принимать одну из двух форм: 1) обеспечение скорости правоприменения, чтобы не приходилось действовать в ситуации, когда на рынке уже случился перелом и антиконкурентный процесс практически невозможно повернуть вспять; 2) разработка мер по устранению правонарушения, учитывающих большой масштаб антиконкурентного поведения и отражающих сложность цифровых рынков.

⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf Beschluss, Facebook, 26.08.2019, VI-Kart 1/19(V). URL: https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-_V_.pdf (дата обращения: 30.09.2020).

2.1. Быстрота правоприменения: предварительные меры для обеспечения эффективности правоприменения в цифровую эпоху

Чтобы идти в ногу со стремительно развивающимся цифровым миром, некоторые антимонопольные органы рассматривают возможность введения обеспечительных мер, которые должны действовать до тех пор, пока не будет завершено долгое и сложное расследование и не будет принято окончательное решение по делу. Недавнее заявление Европейской комиссии о расследовании деятельности компании Broadcom инициировало дебаты об использовании подобных мер в качестве временного средства правовой защиты в условиях быстро развивающейся цифровой экономики⁵. Для завершения или прекращения антимонопольных расследований в последние годы антимонопольные органы часто используют еще один инструмент — обязательства, принимаемые на себя соответствующими сторонами, так называемые согласительные постановления (consent orders).

В данном разделе мы обсудим использование таких мер в глобальной перспективе, уделяя внимание прежде всего ЕС (включая Великобританию), США, а также странам БРИКС и делая акцент на делах, связанных с цифровыми рынками. В каждом из последующих разделов будут представлены ответы на следующие вопросы: присутствуют ли в числе инструментов правоприменения в указанных юрисдикциях обеспечительные меры (interim measures) / судебные запреты и обязательства сторон? Если да, то каковы критерии в отношении подобных мер? Как эти меры истолковываются / рассматриваются судами? Ответив на эти вопросы, мы сравним, каким образом используются обеспечительные меры в решениях, включающих в себя обязательства сторон.

2.1.1. Обеспечительные меры и решения по обязательствам в антимонопольном законодательстве и антимонопольной практике ЕС

2.1.1.1. Обеспечительные меры

Право принимать обеспечительные меры и критерии их принятия предусмотрены Регламентом № 1/2003⁶. Для введения временной защиты обеспечительная мера должна отвечать нескольким критериям. Прежде всего, она устанавливается в отношении того, что изначально привело к заключению о факте нарушения законодательства ЕС о защите конкуренции, и применяется только при наличии риска нанесения серьезного и непоправимого ущерба конкуренции, что было бы недопустимо с точки зрения публичных интересов⁷. Кроме того, мера необходима для правомерного разрешения дела. Наконец, мера учитывает законные интересы всех вовлеченных сторон. Европейская комиссия обязана соблюдать принципы процессуальной справедливости, и требуется наличие в законодательстве системы

⁵ Commission opens investigation into Broadcom and sends Statement of Objections seeking to impose interim measures in TV and modem chipsets markets. The European Commission Press release. Brussels, 26 June 2019. URL: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-3410_en.htm (дата обращения: 30.09.2020).

⁶ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. OJ L1, 04.01.2003. Article 8.

⁷ См. подробнее: *Burnside A., Kidane A. Interim Measures: An Overview of EU and National Case Law // Concurrences*. 2018. N°86718. URL: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/interim-measures/en/dominance/interim-measures-an-overview-of-eu-and-national-case-law> (дата обращения: 30.09.2020). — Авторы утверждают, что в данном случае «“публичный интерес” отсылает к задачам политики ЕС в области конкуренции, а также к интересам стран — членов ЕС» (Ibid. P. 11).

судебного пересмотра в отношении обеспечительных мер подобного рода. Согласно Регламенту № 1/2003, Европейская комиссия может, исходя из своих полномочий, принимать решения о введении обеспечительных мер для устранения ущерба, нанесенного конкуренции, но не ущерба, нанесенного отдельным предприятиям. Тем не менее заинтересованная сторона вправе сделать соответствующий запрос в национальный антимонопольный орган (далее — НАО). Несмотря на наличие в Регламенте № 1/2003 прямого указания на право комиссии вводить обеспечительные меры, такие меры применяются крайне редко. Причин столь ограниченного использования обеспечительных мер несколько. Первая связана с тем, что комиссия должна соотносить свои ограниченные ресурсы с возрастающей нагрузкой по обеспечению судебного пересмотра и иных судебных разбирательств в связи с текущими расследованиями. Другая причина заключается в высоких требованиях к доказательствам, которые необходимо представлять для обоснования введения обеспечительной меры. Самое актуальное здесь — это сложность принятия обеспечительных мер в сложных или новых делах, где речь идет о поведении, которое не приводит к явным нарушениям правил конкуренции в ЕС.

Тем не менее Европейская комиссия ЕС изучает этот вопрос и принимает во внимание практику НАО, особенно Франции⁸. В недавней Директиве 2019/1 комиссия заявила, что НАО должны обладать полномочиями на введение обеспечительных мер как минимум в тех случаях, когда национальный орган установил факт нарушения ст. 101 и/или 102 Договора о функционировании ЕС (далее — ДФЕС)⁹ и обнаружил риск нанесения серьезного и непоправимого вреда конкуренции. Было также заявлено, что комиссия будет поощрять использование обеспечительных мер для того, чтобы «справляться с тем, что происходит на быстро развивающихся рынках»¹⁰.

Приведем два примера из практики НАО Франции и Великобритании, которые свидетельствуют о снижении бремени доказательства для введения обеспечительных мер.

2.1.1.2. Дела, связанные с компанией Google во Франции¹¹

Французское антимонопольное законодательство наделяет французское антимонопольное ведомство (Autorité de la Concurrence) полномочиями вводить обеспечительные меры, включая судебные запреты (они могут поддерживаться наложением принудительного штрафа на нарушающую сторону). Ведомство вправе вводить обеспечительные меры на основании того, что потенциально нарушающее правила конкуренции поведение наносит «серьезный и непосредственный ущерб экономике в целом, рассматриваемому сектору, интересам

⁸ См. подробнее: *Toplensky R. Vestager Revives Dormant Antitrust Weapon Against Tech Groups* // Financial Times. 27 June 2019. URL: <https://www.ft.com/content/d2796956-981b-11e9-8cfb-30c211dcd229> (дата обращения: 30.09.2020).

⁹ The Treaty on the Functioning of the European Union. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF> (дата обращения: 30.09.2020).

¹⁰ Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market. PE/42/2018/REV/1. Article 11.

¹¹ См. подробнее: The Autorité de la concurrence's Annual Reports 2008–2018. URL: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=15 (дата обращения: 30.09.2020); The Autorité de la concurrence orders Google to implement in an objective, transparent and non-discriminatory manner the content policy of its AdWords service. The Press release, 10 June 2010. URL: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=368&id_article=1420 (дата обращения: 30.09.2020).

потребителей или заявителя»¹². НАО успешно применял обеспечительные меры в делах, касающихся энергетических рынков, вещания и динамичных рынков, таких как рынок онлайн-рекламы.

Например, в 2010 г. НАО ввел обеспечительные меры в отношении компании Google в ответ на жалобу компании Navx о злоупотреблении доминирующим положением после расторжения контракта с AdWords.

Еще одно недавнее дело также было связано с компанией Google и приостановкой с ее стороны рекламного аккаунта заявителя, компании Amadeus, без какого-либо объяснения. В этом случае НАО обосновал введение обеспечительной меры исходя из того, что компания Amadeus пострадала от масштабного и резкого снижения оборота (спад на 90 % в 2017–2018 гг.) и оказалась под угрозой выхода с рынка. Обеспечительные меры, наложенные НАО, обязывали Google прояснить правила размещения рекламы в справочных службах, обслуживающих запросы по директориям, и пересмотреть положение компании Amadeus с учетом новых правил, с тем чтобы вновь предоставить ей доступ к услугам Google Ads при условии, что рекламные объявления будут соответствовать этим правилам.

2.1.1.3. Рынок платформ для онлайн-аукционов в Великобритании¹³

В 2014 г. НАО Великобритании получил расширенные полномочия по введению обеспечительных мер, но до сих пор ими не воспользовался. В отличие от Европейской комиссии, которая должна показать нанесение «серьезного и непоправимого вреда», дать оценку вреду, который был нанесен конкуренции (а не одному из конкурентов) и привести неопровержимые доказательства факта нарушения, НАО Великобритании достаточно «обоснованного подозрения» в факте нарушения.

Дело компании Auction Services — на данный момент единственное дело НАО о злоупотреблении доминирующим положением на рынке в контексте цифровых рынков, и это единственное дело, в рамках которого НАО посчитал необходимым применить обеспечительные меры.

После того как НАО начал расследование деятельности ATG Media, компания BidOnThis, конкурент ATG Media, подала заявление о введении обеспечительных мер, что в итоге привело к предложениям со стороны ATG Media взять на себя определенные обязательства с целью разрешить проблемы для конкуренции, выявленные НАО. В результате в годовом отчете НАО за 2018/2019 гг. обеспечительные меры описаны как инструмент, который будет применяться чаще, а дело о платформах для онлайн-аукционов приводилось в качестве примера. Тем не менее НАО по-прежнему с осторожностью принимает заявления о введении подобных мер, а расходы на подачу такого заявления могут повлиять на подход заявителей и компаний, в отношении которых эти жалобы подаются.

В настоящий момент не наблюдается расхождений в подходах или результатах, и это может отражать как нерешительность НАО, когда речь заходит о практическом внедрении законодательных изменений, так и низкую активность компаний, которые пока не в полной мере пользуются этими правовыми возможностями.

¹² France: Autorité de la concurrence imposes Interim Injunctions on Google regarding the Operation of its AdWords Service and launches Market Test on possible Commitments. P. 1. URL: https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/fr_google.pdf (дата обращения: 30.09.2020).

¹³ См. подробнее: *Chisholm S., Long S., Parker H.* Interim measures in the UK: lessons from the online auction services case // *The International In-house Counsel Journal*. 17 January 2019. Vol. 12, no. 46. P. 1–16. — Более подробную информацию о деле, связанном с онлайн-аукционом, см.: Auction services: anti-competitive practices. URL: <https://www.gov.uk/cma-cases/auction-services-anti-competitive-practices> (дата обращения: 30.09.2020).

2.1.1.4. Постановления о согласии (решения о принятии обязательств)

В отличие от обеспечительных мер, для завершения дел Еврокомиссия чаще использует постановления о согласии (consent orders) или решения о принятии обязательств (commitment decisions). Согласно ст. 9 Регламента № 1/2003, предприятие может предложить взять на себя обязательство с целью устранения проблем с конкуренцией, которые были высказаны Европейской комиссией. В свою очередь, опираясь на решение о принятии обязательств, Европейская комиссия вправе завершать дела, не устанавливая при этом факта нарушения. Обязательства не включают в себя наложение штрафа и, следовательно, не могут быть задействованы в делах, где речь идет о действительно серьезных нарушениях, таких как картели. Обязательства бывают поведенческими (предоставление определенных товаров или услуг на определенных условиях) или структурными (продажа активов компаний, осуществляющих слияние)¹⁴. Европейская комиссия может принять решение о том, чтобы обязательство носило императивный характер и стороны были обязаны его исполнить. Процессуальные права сторон в рамках антимонопольного разбирательства действуют также в отношении процедуры по принятию обязательств. При этом в порядке опубликованного комиссией уведомления о принятии обязательств третьи лица вправе представлять свои комментарии.

В период с 2004 по 2016 г. в 35 из 57 решений по антимонопольным делам (за исключением дел о картелях) комиссия принимала решения об обязательствах, причем в большинстве своем это были поведенческие обязательства, хотя четверть составляли структурные¹⁵. Особенно часто такие обязательства применялись на рынках, находящихся в процессе либерализации, таких как энергетический сектор, а также на рынках, требующих оперативного вмешательства.

2.1.2. Обеспечительные меры и урегулирования путем переговоров / принятия обязательств в антимонопольном законодательстве и антимонопольной практике США

2.1.2.1. Обеспечительные меры

По американскому антимонопольному законодательству о конкуренции, более известному как «Антитрестовский закон», существуют две концепции, применяемые судами и используемые в делах о слияниях и поглощениях, которые по своему действию аналогичны временным / обеспечительным мерам, а именно: судебные приказы о временном запрещении (temporary restraining orders) и предварительные судебные запреты (preliminary injunctions). В гражданских делах и государство, и частные лица могут требовать введения обеспечительных мер. Судебные приказы требуют доказательства непосредственного и непоправимого ущерба, который будет нанесен до того, как противостоящая сторона получит возможность оспорить требование; как правило, такие приказы распространяются на период менее 10 дней¹⁶.

Для вынесения же предварительного судебного запрета суды требуют представить более явные и точные доказательства. Можно выделить следующие кри-

¹⁴ Summaries of contributions. OECD. Commitment Decisions in Antitrust Cases. 06.2016. Doc. DAF/COMP/WD(2016)60. P. 8.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ См. подробнее: *Marsden P., Walles S., Fabbio P. Antitrust Marathon V: When In Rome Public And Private Enforcement of Competition Law // European Competition Journal. 2013. Vol. 9, iss. 3. P. 503, 541.*

терии для вынесения судебных запретов: 1) значительная вероятность вынесения положительного решения по существу дела; 2) значительная вероятность того, что непредоставление помощи станет причиной непоправимого ущерба, для восполнения которого денежной компенсации будет недостаточно; 3) потенциальный ущерб перевешивает любой ущерб, который может быть нанесен противной стороне вследствие судебного запрета; наконец, 4) наложение судебного запрета отвечает общественным интересам¹⁷. В случае, когда такой запрет просит наложить государство, суд исходит из того, что четвертое условие выполнено.

Предварительные судебные запреты принимают форму негативного или положительного требования. Применительно к первому типу требований речь может идти о приказе, обязывающем соответствующую сторону вести себя определенным образом. Что же касается требований второго типа, они обязывают соответствующую сторону выполнить ряд позитивных действий, а именно лицензировать технологию, продолжать поставки или предоставить доступ к необходимым ресурсам¹⁸. Чтобы решить, следует ли выносить предварительный судебный запрет, суды должны оценить вероятность того, что государственные органы — Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия (далее — ФТК) — добьются положительного результата по существу спора. В этом контексте суды могут учесть эффективность вариантов, предложенных ответчиками.

Во всех делах, где рассматривались судебные приказы и/или запреты, речь шла скорее о слияниях, чем об одностороннем или скоординированном поведении. Антимонопольные органы стремятся не допустить завершения слияния и подают запросы о введении обеспечительных мер с целью сохранить статус-кво на время административного или судебного разбирательства. Как правило, антимонопольные органы утверждают, что завершение конкретного слияния будет препятствовать прямой конкуренции между сторонами, мешать установлению более низких цен и предоставлению более качественных услуг, и, следовательно, введение обеспечительных мер позволит суду распорядиться об использовании более эффективного средства правовой защиты после вынесения решения о слиянии по существу. Органы могут заявлять, что не в состоянии восстановить эффективную конкуренцию после слияния или что в промежуточный период будет нанесен значительный вред конкуренции.

Приведем в качестве примера несколько дел, которые показывают, как используются предварительные судебные запреты в рамках соблюдения антимонопольного законодательства США¹⁹. В деле CCC Holdings, где речь шла о слиянии технологий, ФТК запросила предварительный судебный запрет с тем, чтобы слияние не привело к повышению цен, снижению качества продуктов и сокращению объема услуг. Почти сразу после того, как окружной суд вынес запрет, стороны отказались от слияния. В подобных случаях именно так часто все и заканчивается. В деле *U. S. v. Microsemi Corp.* Министерство юстиции потребовало издать приказ о временном запрещении и судебный запрет, чтобы не дать приобретающей

¹⁷ Ibid. P. 542.

¹⁸ Ibid. P. 543.

¹⁹ См. подробнее: CCC Holdings Inc. & Aurora Equity Partners III L.P. FTC Docket No. 9334. 25.11.2008–13.03.2009. URL: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/081-0155/ccc-holdings-inc-aurora-equity-partners-iii-lp-matter> (дата обращения: 30.09.2020); *U. S. v. Microsemi Corp.* Plaintiff's Emergency Motion for a Temporary Restraining Order and Preliminary Injunction. DOJ. Civil Action No. 1:08CV1311. 22.12.2008. URL: <https://www.justice.gov/atr/case-document/plaintiffs-emergency-motion-temporary-restraining-order-and-preliminary-injunction> (дата обращения: 30.09.2020); *FTC v. Warner Chilcott Holdings Co., LTD.* Civil Action No. 105-cv-02179-CKK.07.2005. URL: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0410034/warner-chilcott-holdings-company-iii-ltd-warner-chilcott> (дата обращения: 30.09.2020).

стороне уничтожить, продать или прекратить операции, для которых использовались активы компании, являвшейся целью поглощения. В деле *FTC v. Warner Chilcott Holdings Co. Ltd.* были изложены факты, которые суд оценил как достаточные для введения обеспечительных мер. Речь шла о горизонтальном соглашении с обязательством не конкурировать между производителем и продавцом брендированного лекарственного препарата и производителем дженерика. Производитель дженерика планировал продавать препарат после получения разрешения от Управления по санитарному надзору за пищевыми продуктами и медикаментами США (Food and Drug Administration, FDA; далее — FDA). Производитель брендового препарата, в свою очередь, согласился заплатить производителю дженерика 20 млн долларов США, если тот воздержится от продажи лекарства в США в течение пяти лет. Результатом соглашения было бы лишение потребителей более дешевой версии дорогого лекарства. В таком контексте суд вправе наложить предварительный судебный запрет, если FDA в ближайшее время одобрит препарат, или же в целях не допустить прекращения продажи препарата производителем дженерика.

2.1.2.2. Договоренности, достигнутые путем переговоров (обязательства)

Что касается обязательств, Министерство юстиции и ФТК использовали этот инструмент в большинстве дел о слияниях, равно как и в гражданских антимонопольных делах, не связанных со слиянием (см. табл. 1). Проверить, насколько приемлемо достигнутое путем переговоров урегулирование, т. е. «обязательство», можно, выяснив, учитывает ли оно антиконкурентное поведение таким образом, что устраняет соответствующий вред и предотвращает его повторное нанесение²⁰.

Таблица 1. Мировые соглашения (2011–2016 гг.)

Финансовый год	Гражданские дела, не связанные со слияниями с достижением мирового соглашения		Гражданские дела, не связанные со слияниями с разбирательством в суде		Дела о слияниях с достижением мирового соглашения		Дела о слияниях с разбирательством в суде	
	Минюст	ФТК	Минюст	ФТК	Минюст	ФТК	Минюст	ФТК
2011	4	1	0	1	12	9	0	1
2012	5	4	0	1	7	16	1	1
2013	7	4	1	0	4	17	0	1
2014	2	6	0	0	8	14	1	0
2015	4	7	1	1	9	18	0	2
2016*	2	4	0	1	6	8	0	2

Источник: Note by the United States. OECD. Commitment Decisions In Antitrust Cases. DAF/COMP/WD(2016)60. 02.06.2016. P. 7.

* Данные приводятся на 30.04.2016.

²⁰ См. подробнее: Note by the United States. OECD. Commitment Decisions In Antitrust Cases. DAF/COMP/WD(2016)60. 02.06.2016. URL: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)23&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)23&doclanguage=en) (дата обращения: 30.09.2020).

2.1.3. Обеспечительные меры и решения о принятии обязательств в антимонопольном законодательстве и практике правоприменения в странах БРИКС

2.1.3.1. Обеспечительные меры

Полномочия и возможности национальных антимонопольных органов в странах БРИКС налагать обеспечительные меры и судебные запреты существенно различаются.

В **Бразилии** полномочиями вводить обеспечительные меры при рассмотрении дел об антиконкурентном поведении обладает Административный совет по экономической защите Бразилии (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE) (ст. 84 Закона Бразилии от 30.11.2011 № 12,529)²¹. Решение о введении обеспечительных мер может принять главный суперинтендант или комиссар-докладчик на любом этапе слушаний, если есть веские основания полагать, что ответчик прямо или косвенно причинил или может причинить непоправимый или существенный ущерб рынку либо что вследствие этого результат разбирательства окажется неэффективным. Меры должны повлечь за собой немедленное прекращение практики и восстановить ситуацию, какой она была до внедрения антиконкурентной практики. CADE правомочен налагать ежедневные штрафы в размере 5 тыс. бразильских реалов, и размер штрафа допустимо увеличивать максимум в 50 раз в зависимости от серьезности поведения и экономической ситуации сторон (ст. 39 указанного закона). По запросу пострадавшей стороны, т. е. заявителя, эти меры рассматриваются Административным трибуналом CADE (ст. 9, 84 закона № 12,529).

За последнее десятилетие CADE применял обеспечительные меры в самых разных делах. В 2009 г. они были введены в деле о вертикальном поведении в системе платежных карт и с тех пор применяются против «ключевых игроков, чьи компании присутствуют в Бразилии, с целью воспрепятствовать практике включения ими в свои соглашения положений об исключительности²². В 2015 г. в деле об одностороннем поведении компании — поставщика газа были введены обеспечительные меры в отношении компании Petrobras с тем, чтобы она прекратила перекрестное субсидирование собственного дочернего консорциума²³. В этом деле Верховный суд Бразилии оставил без изменения решение CADE²⁴.

В 2019 г. в деле о национальном рынке услуг по электронной идентификации автомобилей на парковках CADE принял обеспечительные меры с целью создания условий совместного использования антенной инфраструктуры конкурентами на недискриминационной основе²⁵. После жалобы со стороны компании Veloei в отношении компаний CGMP и ConectCar совет CADE инициировал административное

²¹ Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. OECD, 2019. P. 28–29.

²² См. подробнее: CADE Upholds Redecard Injunction // LatinLawyer. 28 August 2009. URL: <https://latinlawyer.com/article/1088570/cade-upholds-redecard-injunction> (дата обращения: 30.09.2020); Administrative Proceedings No. 08012.004089/2009-01; Plaintiff: ABRANET — Associação Brasileira de Internet; Defendant: Redecard SA. Preventive Measures Upheld by CADE on 26 August 2009.

²³ Administrative Proceedings No. PA 08012.011881/2007-41; Plaintiff: Comgas Defendants: Petrobras and Gemini Consortium; Preventive Measures Upheld by CADE in April 2015.

²⁴ Decision Confirming the CADE's Preventive Measures in Relation to the Gemini Consortium Confirmed // Superior Tribunal of Justice, 19 April 2017. URL: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/450361313/confirmada-decisao-que-restabeleceu-medida-preventiva-do-cade-em-relacao-ao-consorcio-gemini> (дата обращения: 30.09.2020).

²⁵ Appeal to Preventive Measures No. 08700.000989/2019-94; Plaintiff: Companhia Brasileira de Soluções e Serviços. Interested Parties: Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda. e Conectcar

расследование ограничения доступа на рынок и дискриминационных практик, предположительно имевших место на рынке систем электронных платежей за парковку, на которой использовались технологии цифрового распознавания автомобилей. Жалоба компании Veloe указывала на условия, выдвигавшиеся компанией CGMP в отношении общего пользования распознанными антенной сигналами и договоренностей об эксклюзивном доступе, достигнутом компанией CGMP с крупнейшей в Бразилии компанией в сфере парковочного бизнеса Estapar. После апелляции, поданной компанией Veloe против решения, вынесенного Управлением главного суперинтенданта, об отклонении заявления с просьбой о введении обеспечительных мер, представители CADE предоставили такие меры. Они наложили обязательства по предоставлению доступа на компании CGMP, а также на компанию ConectCar, которой удалось добиться их отмены, однако впоследствии это решение было отменено. Меры, наложенные на CGMP, по-прежнему действуют, и их цели — предотвратить блокирование доступа на рынок, создание барьеров входа на рынок и создание дискриминационных условий в отношении использования парковочных антенн.

В **России** антимонопольное законодательство не наделяет Федеральную антимонопольную службу (далее — ФАС) России полномочиями вводить обеспечительные меры²⁶. Таким образом, все меры, налагаемые ФАС в связи с нарушениями антимонопольного законодательства, имеют форму окончательных решений. ФАС России может выпустить предупреждение до формального установления факта нарушения, чтобы предотвратить нанесение дальнейшего вреда конкуренции и/или потребителям. Тем не менее нельзя рассматривать предупреждения в качестве обеспечительных мер, поскольку даже если предприятие подчиняется требованиям и выполняет их, это не может помешать ФАС России начать формальное расследование в рамках антимонопольного законодательства (ст. 39.1 Федерального закона «О защите конкуренции»). Помимо вынесения предупреждений, ФАС России вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о принятии обеспечительных мер на время административного производства (ст. 90, 91 и 99 Арбитражного процессуального кодекса РФ от 24.07.2002 № 95-ФЗ). Такого рода обеспечительные меры могут быть приняты судом при наличии достаточных доказательств того, что несоблюдение этих мер затруднит или сделает невозможным исполнение судебного акта и/или обернется значительным ущербом для заявителя. Суды применяют обеспечительные меры, в том числе в делах о защите конкуренции, связанных с цифровыми рынками²⁷.

В **Индии** Комиссия по вопросам конкуренции (Competition Commission of India, CCI) обладает «полномочиями по вынесении временных распоряжений» в случаях, когда установлено, что соответствующее действие нарушает положения Закона Индии о конкуренции (Competition Act 2002), касающиеся антиконкурентных соглашений, злоупотребления доминирующим положением или нарушает одновременно несколько положений, и данное действие уже совершено, совершается или будет совершено в ближайшее время (разд. 33 закона). В подобной ситуации Комиссия

Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. Reporting Commissioner Conselheira Paula Azevedo. Decision 20 March 2019.

²⁶ Помимо приостановки аукционов, оспариваемых ФАС России. См. подробнее: ст. 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (здесь и далее ссылки на российское законодательство даются по СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 30.09.2020)).

²⁷ См. об этом: Цуканов И. Вымпелком обжаловал наложенные по иску ФАС обеспечительные меры // Ведомости. 2012. 9 июня. URL: https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2012/06/09/kontrmery_vympelkoma (дата обращения: 30.09.2020).

может издавать распоряжения, временно запрещающие стороне совершение таких действий до завершения расследования или до принятия иных распоряжений. Таким образом, антимонопольный орган обладает довольно широкими полномочиями.

Тем не менее Комиссия не часто пользуется своей властью. Можно назвать как минимум три дела, в которых заявления о введении обеспечительных мер были удовлетворены Комиссией²⁸, однако есть как минимум два дела, где в удовлетворении подобных заявлений было отказано, в частности в деле, касающемся технологической компании — агрегатора такси. В рамках данного дела речь шла о предположительном занижении цен, и Комиссия в своем приказе от 03.09.2015 отказала в обеспечительных мерах заявителю — диспетчерской службе — на основании того, что заявитель не сумел доказать, что ему был или будет нанесен ущерб, что такой ущерб будет невозможным, а также что баланс интересов был в его пользу²⁹.

В **ЮАП** ст. 49С Закона о конкуренции 1998 г. гласит, что заявитель может обращаться в Антимонопольный трибунал с требованием о введении обеспечительных мер в связи с антиконкурентной практикой, предположительно нарушающей требования законодательства. Таким образом, правом налагать обеспечительные меры обладает не Комиссия ЮАП по защите конкуренции (South African Competition Commission, SACC), а специализированный суд. Правом инициировать процедуры по вынесению временных распоряжений также обладает не Комиссия, а исключительно заявители³⁰.

Предоставление обеспечительных мер доступно только в ситуациях возникновения практик, запрещенных гл. 2 Закона ЮАП о конкуренции, таких как ценовой или картельный сговор. Это означает, что в процедурах по сделкам экономической концентрации данное средство судебной защиты недоступно. Раздел 49С Закона о конкуренции дает Антимонопольному трибуналу полномочия устанавливать обеспечительные меры в интересах заявителя при условии соблюдения требований разд. 49С(2) до принятия окончательного решения по жалобе заявителя, поданной в Комиссию по конкуренции, но срок действия обеспечительных мер не может быть более 12 месяцев.

Антимонопольный трибунал нередко отклоняет заявления о введении обеспечительных мер. В одном из дел, в рамках которого обеспечительные меры были введены, Антимонопольный комитет принял сбалансированное решение, введя обеспечительные меры на том основании, что продолжающееся нарушение законодательства о конкуренции могло нанести ущерб не только заявителю, но и третьим сторонам, таким как клиенты заявителя. Суд посчитал, что в случае введения мер бизнес ответчика, Трудона, не пострадает³¹.

²⁸ См. подробнее: M/s Nuziveedu Seeds Limited et al vs. Mahyco Monsanto Biotech (India) Limited (MMBL) et al (Case No. 107/2015) URL: https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Ref%2002-2015%20and%20107-2015%20-26%281%29%20order_10.02.2015.pdf (дата обращения: 15.02.2020); Confederation of Real Estate Developers Association of India-NCR vs. Department of Town and Country Planning, Government of Haryana and Haryana Urban Development Authority (Case No. 40 of 2017). URL: <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.%2040%20of%202017.pdf> (дата обращения: 15.02.2020); Indian National Shipowners' Association vs. Oil and Natural Gas Corporation Limited (Case No. 01 of 2018) URL: <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.%2001%20of%202018.pdf> (дата обращения: 15.02.2020).

²⁹ Fast Track Call Cab vs. ANI Technologies (Case No. 6 of 2015). URL: <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/06201533.pdf> (дата обращения: 15.02.2020).

³⁰ См. подробнее: *Munyai P.* Interim Relief Jurisprudence in South African Competition Law: A Critical Review of The Competition Tribunal's Approach // SA Mercantile Law Journal. 2011. Vol. 23, iss. 3. P. 432–447.

³¹ Directory Solutions v. Trudon. Case No. 77/IR/Nov09, South Africa (2010). Para. 56, 58.

В **Китае** национальным регулирующим органам не предоставлено право налагать обеспечительные меры в ходе проведения процедур расследования. В частных судебных разбирательствах истцы имеют право требовать вынести судебный запрет или приказ о временном запрещении в соответствии с общим китайским гражданско-процессуальным законодательством. Такой запрет или приказ может быть вынесен судом при условии доказанности необходимости принятия незамедлительных мер, однако в китайских делах о конкуренции подобных прецедентов не возникало.

Во всех юрисдикциях стран БРИКС, которые разрешают применять обеспечительные меры либо своим органам по защите конкуренции, либо судам, объем этих мер представляется достаточно широким, поскольку они в первую очередь направлены на нейтрализацию антиконкурентного поведения компании (ответчика) и предотвращение значительного или невосполнимого ущерба заявителю. Подобные меры могут включать в себя запрет для соответствующей организации совершать определенные действия, способные ограничить или подорвать конкуренцию, наложение на такую организацию обязательств по выполнению определенных действий и даже назначение независимого администратора для ведения бизнеса на предприятии, которое участвовало в картеле. Например, в бразильском деле о топливном картеле временный администратор был назначен с тем, чтобы управлять заправками, принадлежавшими членам картеля, и устанавливать на них цены, не позволяя участникам картеля координировать действия между собой или с другими конкурентами³².

2.1.3.2. Решения об обязательствах

В **Бразилии** CADE широко использует решения об обязательствах в делах, требующих поведенческих предписаний. В частности, орган налагает обязательства о прекращении антиконкурентной деятельности (ст. 85 Закона Бразилии от 30.11.2011 № 12,529), а в контексте контроля за слияниями обязывает стороны подписывать договоры о таком контроле (ст. 9, 13 указанного закона). Решения подразумевают принятие структурных или поведенческих обязательств, и на практике подобные решения согласовываются между сторонами и Антимонопольным трибуналом, а не просто навязываются трибуналом или соответствующим национальным органом в одностороннем порядке³³.

Примером обязательств по слиянию с цифровым элементом может быть создание компаниями Itau Unibanco и Mastercard совместного предприятия (joint venture) в целях запуска новой системы отслеживания дебитных и кредитных карт³⁴. Согласованные обязательства включали в себя создание нового бренда для платежной карты, установление и последующее введение правил корпоративного управления и сокращение продолжительности существования совместного предприятия.

В **России** формально решений по обязательствам не существует. Тем не менее предприятия могут разрешать свои споры с ФАС России в ходе судебных разбирательств в соответствии с гл. 15 Арбитражного процессуального кодекса РФ. В ми-

³² Peer Reviews of Competition Law and Policy. Brazil: OECD, 2019. P.51–52.

³³ См. об этом: *Andrade T., Novis M., Verissimo M.* Brazil: Merger Control // Global Competition Review, 3 September 2018. URL: <https://globalcompetitionreview.com/insight/the-antitrust-review-of-the-americas-2019/1173676/brazil-merger-control> (дата обращения: 30.09.2020).

³⁴ См. подробнее: CADE Approves, With Restrictions, Joint Venture Between Itau Unibanco and Mastercard // CADE, 12 May 2016. URL: <http://en.cade.gov.br/press-releases/cade-approves-with-restrictions-joint-venture-between-itau-unibanco-and-mastercard> (дата обращения: 30.09.2020).

ровых соглашениях такого рода часто содержатся положения, которые стороны обязаны соблюдать, например они должны информировать ФАС России об изменении цены, обеспечивать недискриминационные условия в контрактах и т. д.

Что касается цифровых дел, то единственный пример решения об обязательствах в контексте контроля за экономической концентрацией — это предписание ФАС России в связи со сделкой экономической концентрации между компаниями Bayer и Monsanto. В соответствии с решением, согласно которому их сделка должна быть согласована, обе компании обязывались заключить гражданско-правовой договор об организации Центра технологического трансфера³⁵.

В **ЮАР**, согласно разд. 49D(1) Закона о конкуренции, в случае, если Комиссия по защите конкуренции и ответчик достигают согласия относительно условий соответствующего приказа, Антимонопольный трибунал может утвердить такое соглашение в форме согласительного постановления (consent order). В отличие от обеспечительных мер, согласительное постановление обычно принимается после того, как Комиссия завершила свое расследование, поскольку постановление должно противодействовать антиконкурентному поведению и максимально приблизиться к тому, что могло быть достигнуто в случае успешного рассмотрения дела в Антимонопольном трибунале³⁶. Статистика показывает, что большинство дел разрешается Комиссией через согласительные постановления³⁷. Эта мера куда более популярна, нежели временные обеспечительные меры. В числе показательных примеров согласительных постановлений можно привести согласительное постановление в отношении компании Telkom в связи с интернет-услугами³⁸, согласительное постановление в отношении компании Pioneer Foods о хлебе³⁹, согласительное постановление об отчуждении компании Sasol применительно к удобрениям⁴⁰.

В **Китае** обязательства используются в ситуациях, где речь идет об антиконкурентном поведении, в частности в делах о картельных сговорах (в таких случаях обязательства принимаются в обмен на снисхождение суда), и в ситуациях, связанных с контролем за слияниями. Иногда китайские антимонопольные органы требуют, чтобы стороны совершили определенные действия до согласования сделки. Например, 04.12.2014 Министерство торговли КНР выпустило Временное постановление о введении условий, ограничивающих концентрацию предприятий, в котором изложена процедура согласования и определения средств правовой защиты⁴¹. Данное Постановление было реализовано в различных делах, в том числе в деле о картельном сговоре LCD Panel, где речь шла о поведенческих обязательствах в связи с лицензированием патентного портфеля⁴², и в деле о слиянии

³⁵ Решение ФАС России от 20.04.2018 № ИА/28184/18 Предписание по итогам рассмотрения ходатайства компании «Байер АГ».

³⁶ Note of South Africa. Commitment Decisions in Antitrust Cases. OECD.DAF/COMP/WD(2016)47.31.05.2016. Para.5.

³⁷ Ibid. Para.7.

³⁸ Competition Commission v. Telkom SA SOC Limited (016865 or 55/CR/Jul09, 73/CR/Oct09, 78/CR/Nov09).

³⁹ Competition Commission v. Pioneer Foods (Pty) Ltd (10/CR/Mar10, 15/CR/Feb07).

⁴⁰ Competition Commission v. Sasol Chemical Industries (Pty) Ltd (31/CR/May05); Competition Commission v. Sasol Chemical Industries (Pty) Ltd, Kynoch Fertiliser (Pty) Ltd, African Explosives and Chemical Industries Ltd (45/CR/May06).

⁴¹ Competition Law in China. Report. Slaughter and May, 2016. Para. 6.27. P.26. URL: <https://my.slaughterandmay.com/insights/client-publications/competition-law-in-china> (дата обращения: 30.09.2020).

⁴² Ibid. Para. 5.13. P.17.

компаний Rockwell Collins/UTC, в котором стороны приняли на себя и структурные, и поведенческие обязательства⁴³.

Насколько известно авторам доклада, в **Индии** решения о наложении обязательств национальным антимонопольным законодательством не предусмотрены.

* * *

Антимонопольные органы во всем мире продолжают искать способы, посредством которых они могли бы обновить инструментарий в сфере конкурентного права, чтобы быть в состоянии работать с быстрыми и динамичными по своей природе цифровыми рынками. Обеспечительные меры используются все чаще с целью сократить вред, наносимый конкуренции, пока национальные органы стараются завершить свои длительные исследования этих сложных рынков. Хотя обеспечительные меры доступны во всех рассмотренных юрисдикциях, применяют их нечасто, поскольку существуют повышенные стандарты доказывания, которые необходимо выполнить для введения обеспечительных мер. Национальный антимонопольный орган обязан доказать факт нарушения законодательства о конкуренции, а также либо вероятность нанесения, либо нанесение существенного и/или необратимого вреда конкуренции. В тех случаях, когда порог доказывания ниже, как во Франции, обеспечительные меры применяются чаще. Однако вводить такие меры следует без угрозы для соблюдения требований процессуальной справедливости.

Решения об обязательствах используются национальными антимонопольными органами гораздо шире. Это может быть связано с готовностью организаций заключать с национальными органами соглашения об обязательствах в обмен на освобождение от ответственности в случае (предполагаемого) нарушения законодательства о конкуренции или согласование сделки экономической концентрации. Тем не менее расширение использования этого инструмента влечет за собой свои проблемы, в том числе потенциально негативные последствия. Среди таких последствий выделяются риск того, что введение этих мер увеличит нагрузку на компетентные органы в отношении мониторинга, а также опасность, что эти меры будут препятствовать развитию правовых прецедентов. Данная проблема актуальна для относительно молодых режимов защиты конкуренции и для всех антимонопольных органов, независимо от того, насколько они развиты, с учетом характера сложностей, возникающих в результате цифровой революции, и потребности в ориентирах.

Антимонопольным органам необходимо рассматривать обеспечительные меры и решения об обязательствах как взаимодополняющие инструменты в условиях цифровой экономики. Обеспечительные меры можно использовать в рамках пересмотренной системы, где порог доказывания будет ниже, но сама эта опция должна быть оставлена для сложных и длительных расследований, где есть риск нанесения необратимого вреда конкуренции и где речь идет о наиболее опасных нарушениях антимонопольного законодательства, таких как картели и злоупотребление доминирующим положением.

Решения об обязательствах могут быть использованы для устранения менее серьезных нарушений, а также для ситуаций, где важно, чтобы уполномоченный орган принял быстрое решение, позволяющее сэкономить время и ресурсы для расследования более серьезных проблем. В любом случае практика антимонопольного органа требует дополнительных разъяснений с помощью вторичных

⁴³ China Antitrust Review 2018. Review. Davis Polk & Wardwell LLP, 2019. P.4. URL: https://www.davispolk.com/files/2019-01-31_china_antitrust_review_2018.pdf (дата обращения: 30.09.2020).

инструментов, таких как руководства, для выстраивания предсказуемой и прозрачной системы.

2.2. В поисках иной модели средств правовой защиты в рамках конкурентного права

2.2.1. Средства правовой защиты в рамках конкурентного права в условиях сложной экономики

Понятие «эффективность» применительно к средствам правовой защиты не указывает на право применять любое средство правовой защиты. Эта проблема тесно взаимосвязана с вопросом о дискреционных полномочиях национальных антимонопольных органов и судов в делах о конкуренции. Принято считать, что средства правовой защиты в конкурентном праве применяются с основной целью: восстановить конкуренцию на рынке. Эта цель может восприниматься широко, как одновременно включающая в себя микроцель — покончить с нарушением и таким образом решить конкретную проблему, связанную с конкуренцией, и макроцель — внедрить стимулы для минимизации повторения выявленного антиконкурентного поведения. Достичь эту широкую цель можно с помощью профилактических средств правовой защиты или мер сдерживания. Следовательно, средства правовой защиты в конкурентном праве можно рассматривать как меры профилактического или превентивного характера. Их задача — исключить возможность возникновения практик, способных привести к перекосам в конкуренции и будущим нарушениям. Особенно важным это становится в контексте стремительно развивающейся цифровой экономики, когда правоприменительная деятельность направлена на возможные или вероятные последствия нынешнего антиконкурентного поведения для будущей структуры рынка и инноваций и, как следствие, для будущих потребителей и потенциального ущерба, который они могут понести.

В традиционном частном праве процесс вынесения решений в отношении прав или неправомерных действий по определению логически связан со средствами правовой защиты. Одна из главных функций средств правовой защиты состоит в том, чтобы восстановить содержание ранее существовавшего права, которое было нарушено. То же самое касается преобразующих средств правовой защиты (*transformative remedies*), т. е. средств, которые преобразуют нарушенное право. Такой тип средств правовой защиты также подразумевает наличие некоей формы функциональной связи между средствами правовой защиты и самими правами, причем последние являются неотъемлемым следствием принципов корректирующего правосудия и коррелятивности в процессе вынесения решений в сфере частного права.

Подходы, основанные на процедуре публичного права, такие как теории структурных преобразований, напротив, ставят под сомнение связь между соответствующим правом (или его нарушением) и средством правовой защиты. В этом контексте связь между средствами правовой защиты и правами (или их нарушением) становится решающей, ведь стадия определения ответственности косвенным образом ограничивает цель (цели) процедуры предоставления судебной защиты и направлена на поиск решения конкретной выявленной проблемы. Нормативные параметры, установленные на этапе определения ответственности с точки зрения выявления проблемы или проблем, действуют одновременно как руководство и как ограничение при применении дискреционных полномочий в контексте публичного права. В результате с точки зрения публичного права дискреционные

полномочия лица или органа, принимающего решения, будут в значительной степени зависеть от того, как изначально сформулирована проблема, возникшая в рамках конкурентного права.

Например, если в конкурентном праве проблема сформулирована как захват рынка в результате продажи набора товаров или услуг (*bundling practices*) со стороны доминирующего предприятия, это может дать национальному антимонопольному органу значительные дискреционные полномочия, чтобы обратить вспять ситуацию с захватом рынка. Сделать это можно путем принудительной реализации активов, в том числе данных, алгоритмов, человеческих ресурсов и прав интеллектуальной собственности, которые способствовали осуществлению такого перелома на рынке. Это, естественно, влечет за собой непростые вопросы: 1) до какой степени захват рынка является непосредственным результатом поведения, которое, ограничило конкуренцию; 2) что делать с ситуациями, когда захват рынка был лишь косвенным результатом определенного поведения, например когда поведение способствовало запуску процесса, который привел к захвату рынка.

Средства правовой защиты могут также выполнять чисто профилактическую функцию в той мере, в какой они влияют на то, насколько нарушители будут иметь возможность, но не стимул применять аналогичные антиконкурентные практики в будущем. Профилактическая функция будет действовать в полной мере в том случае, если средства правовой защиты сделают упор на том, что непосредственно способствует, облегчает совершение правонарушений. И речь не обязательно идет о практиках, которые незаконны сами по себе, но и тех практиках, которые в определенных условиях могут содействовать противоправному поведению. Запрещая такие практики, орган, принимающий решения, не удержит потенциальных нарушителей от подобного поведения, ведь оно само по себе не является незаконным; его целью будет ограничить возможности для противоправного поведения.

Те, кто принимает решения, могут задействовать компромиссные механизмы для определения подходящих средств правовой защиты и подгонять их под конкретные обстоятельства каждого дела. Один из вариантов — применить простой тест на рациональность с точки зрения целей и средств их достижения (*means-end rationality test*). Такая проверка поможет понять, послужат ли выбранные средства правовой защиты рациональным средством для достижения предполагаемой цели. Еще один вариант — оценить пропорциональность корректирующих действий. Такая оценка потребует от национального антимонопольного органа выяснить, пропорциональны ли средства целям правовой защиты. Для этого следует провести трехэтапный тест. На первом этапе необходимо рассмотреть, служат ли выбранные меры правовой защиты рациональным средством достижения предполагаемой цели. Второй этап заключается в соотношении затрат на меры по устранению нарушения (которые могут оказаться чрезмерными) с итоговой выгодой. На третьем этапе осуществляется проверка того, являются ли эти средства минимальным ограничением для всех заинтересованных сторон. На последнем этапе также необходимо выяснить, существует ли относительно доступная альтернатива, позволяющая достичь аналогичного результата, но с меньшими ограничениями для заинтересованных сторон.

Наконец, в рамках широко понимаемого анализа затрат и выгод (*cost-benefit analysis*) можно выделить тест на баланс (*balancing test*), позволяющий измерить затраты и выгоды различных средств правовой защиты, прежде чем выявить объективно наиболее подходящие. Эта опция дает меньше пространства для усмотрения.

С учетом того, как экономика влияет на применение конкурентного права, понятие о том, что именно является «оптимальным» или «соразмерным», зависит от

представления экономистов об оптимальном сдерживании и от того, в какой мере рыночное равновесие, имевшее место до нарушения антимонопольного законодательства, может быть улучшено посредством мер правовой защиты. Таким образом, средство правовой защиты позволяет выбрать новый вариант рыночного равновесия, более конкурентный, чем до нарушения. Такое понимание «оптимальных» средств правовой защиты, по-видимому, вступает в противоречие с выраженными и в публичном, и в частном праве доминирующими взглядами на цели и масштабы мер правовой защиты. Для системы конкурентного права с ориентацией на экономику куда важнее, чтобы средство правовой защиты соответствовало теории вреда, которая применяется в каждом конкретном случае. Однако если принцип пропорциональности требует наличия максимального соответствия между вредом и средством правовой защиты, то решающим фактором для принятия профилактических правовых мер будет определение природы такого соответствия.

Сделать это не всегда просто вследствие неопределенности, присущей ряду экономических теорий вреда. Возьмем для примера теорию вреда, основанную на распространении монопольной власти на смежные рынки (*leveraging theory of harm*). В цифровой экономике стимулом к активизации монополий служит стремление постепенно сократить конкуренцию, а не желание получить немедленную или среднесрочную прибыль на рынках продукции. Если принять динамическую теорию ограничения доступа на рынок, это также позволит учитывать, каким образом распространение монополии влияет на оценку компании финансовыми рынками. Многие крупные компании больше ориентированы на максимальное увеличение общего объема выпуска продукции, продаж и/или темпов роста, нежели на наращивание краткосрочной прибыли на товарных рынках. Дело в том, что крупные компании хотят увеличить сетевой эффект или увеличить рост прибыли за счет эффекта масштаба, ведь все это высоко ценится финансовыми рынками. Следовательно, понимание теории ущерба как распространения монополии не дает нам нужной информации о пределах дискреционных полномочий. Причина тому — различные подходы к пониманию и содержанию теории ущерба.

На более абстрактном уровне принято считать, что конкурентное право использует модель коммерческого деликтного права и выявленная проблема с конкуренцией должна быть каким-то образом причинно увязана с конкретным поведением (действиями), которое и составляет нарушение закона о конкуренции. Подобная концептуализация хорошо работает в контексте конкурентного права, ориентированного на простые экономические отношения и на результаты конкретного поведения на соответствующем рынке. Тем не менее возникают сомнения, насколько работоспособна эта модель в контексте сложной экономики цифровой эпохи.

Применение конкурентного права исключительно для решения проблем с ущербом, выявленным на конкретном рынке, допустимо критиковать как стремление искать «при свете уличного фонаря»: светит он ярко, но искать надо не здесь. Можно привести пример нарушений закона о конкуренции в условиях многосторонних рынков, когда правовые меры влекут за собой непредвиденные последствия для другой стороны (или сторон) рынка.

Несостоятельность нынешней концепции средств правовой защиты в рамках конкурентного права и модели коммерческого деликтного права для конкурентного права становится отчетливо видна, когда понимаешь, что цифровая экономика — это сложная система, внутри которой взаимодействуют различные автономные компоненты, а результат деятельности такой системы не сводится к сумме лежащих в ее основе элементов. Для подобных систем характерны эффект масштаба и сетевые эффекты, «эффект колеи», наличие процессов обратной связи, точки приложения влияния, переломные моменты и т. д.

Следовательно, применение конкурентного права в сложной экономике требует больших дискреционных полномочий в отношении средств правовой защиты. Такая дискреция будет по-прежнему определяться выявленной проблемой для конкурентного права, но правоприменительная практика должна также быть направлена на поиск мер по устранению косвенных или вероятных последствий, к которым могло привести антиконкурентное поведение. Как и с помощью чего определять причинно-следственную связь, безусловно, вопрос для обсуждения. Сошлемся на упрощенную модель контрфактуального обоснования, когда орган должен установить контрфактуальную зависимость между миром, в котором произошло нарушение антимонопольного законодательства, и миром, в котором такое нарушение отсутствовало. Кто-то пойдет еще дальше и обратится к модели структурных уравнений, применяемой в эконометрике. Наконец, допустимо прибегнуть к методологиям «сложных систем», что подразумевает визуализацию связей между различными агентами, которая помогает в определении причинно-следственной связи и идентификации проблемы для последующего ограничения дискреции в применении средств правовой защиты.

Перспектива сложной экономики не обязательно меняет тип используемых средств правовой защиты. Однако эта перспектива серьезно повлияет на стратегию выбора средств правовой защиты, которая применяется в конкретных делах. В силу постоянства сетевых эффектов, распространения монопольной власти на смежные рынки и конкуренции, в которой «победитель забирает большую часть», присущей ряду рыночных конфигураций, соответствующая теория вреда вряд ли будет служить адекватным ограничением для дискреционных полномочий, даже если она определена достаточно узко. В подобном контексте выбор средства правовой защиты способен оказать воздействие на то, как конкретный сектор экономики или промышленности в более широком смысле будут развиваться в будущем. Таким образом, упрощенная деликатная модель конкурентного права, особенно в отношении средств правовой защиты, окажется неадекватной, а область усмотрения, т. е. дискреционные полномочия, должны быть шире. В связи с этим актуален вопрос, касающийся институциональных возможностей, а также сдержек и противовесов, доступных национальным антимонопольным органам и/или судам, когда они применяют те или иные средства правовой защиты в таком контексте. Следует ли применять структурные средства правовой защиты более часто и позволит ли это более радикальным образом разрешить непосредственную проблему в сфере конкурентного права? Следует ли отказаться от судебной модели в пользу регуляторной или же стоит выбрать модель структурного разрешения споров в суде, которая будет ставить во главу угла предупреждение нанесения ущерба конкуренции?

Для конкурентного права эта проблема, конечно, не нова. Можно вспомнить некоторые архетипические дела, где речь шла о средствах правовой защиты, например мировое соглашение компании IBM с Министерством юстиции 1956 г.⁴⁴ и мировое соглашение компании Bell System в том же году⁴⁵. Оба соглашения, в особенности то, которое заключила IBM, фактически регулировали компьютерную отрасль с 1956 по 1996 г. и дали возможность развиваться секторам по производству компьютерной техники и программного обеспечения в США.

Дело IBM иллюстрирует довольно сложное взаимодействие различных средств правовой защиты, часть которых носила поведенческий характер, а часть — струк-

⁴⁴ U.S. v. IBM Corp., Civil Action No. 72–344. District Court for the Southern District of New York, Final Judgment, January 25, 1956.

⁴⁵ U. S. v. Western Electric Co., Inc., 1956 Trade Cases of 68,246 (D. N. J. 1956).

турный. В число таких средств входили запреты на укрупнение, требования выдавать лицензии на справедливых разумных и недискриминационных условиях (*fair, reasonable and non-discriminatory*; далее — *FRAND*) в договорах, а также включать в них условия о недопущении дискриминации и запреты на ограничения конкуренции на вторичных рынках.

Что еще более примечательно, важной особенностью пакета мер, принятого в рамках данного дела, было то, что через семь лет после даты вынесения окончательного решения компании IBM было предписано избавиться от части своих мощностей по производству перфокарт, которая превышала 50 % всех мощностей по производству перфокарт в США. IBM было также запрещено приобретать любые компании на любых смежных рынках, поскольку это позволило бы ей усилить свою власть над этими рынками.

Аналогичные меры были введены 24.01.1956 Федеральным окружным судом штата Нью-Джерси в отношении компании Bell System — исследовательского филиала компаний AT&T и Western Electric, вертикально интегрированного монопольного поставщика услуг в сфере телекоммуникаций в США. Компании Bell System было предписано лицензировать все свои патенты на безвозмездной основе. В результате мирового соглашения 7820 патентов, т. е. 1,3 % всех действующих патентов США, стали доступны бесплатно для всех компаний США. Большинство этих патентов касались технологий, разработанных компанией Bell Laboratories, исследовательским подразделением Bell System — на тот момент самой инновационной промышленной лабораторией в мире. Ученым из Bell Laboratories принадлежал ряд революционных разработок, в том числе транзистор, солнечная батарея на фотоэлементах и основы для технологии сотовой связи. Решение также запрещало компании Bell System заниматься каким-либо иным бизнесом, кроме телекоммуникаций. Введенные ограничения привели к значительному распространению и росту инноваций. В недавнем исследовании было обнаружено, что принудительное лицензирование изобретений Bell System существенно повысило уровень инноваций у стартапов⁴⁶. После введения принудительного лицензирования более двух третей увеличения числа последующих инноваций происходило за счет «молодых» и/или небольших компаний и отдельных изобретателей, никак не связанных с Bell. По данным того же исследования стартапы и отдельные изобретатели увеличили объем инноваций следующего поколения на 20 %, тогда как большие и уже сформировавшиеся компании давали прирост всего около 5 %. Мировое соглашение также привело к уменьшению регистрации патентов со стороны Bell System, однако это компенсировал рост количества изобретений, запатентованных другими компаниями. Кроме этого, Bell System переориентировала свою исследовательскую программу и сосредоточилась больше на исследованиях в сфере коммуникаций, поскольку это был единственный сектор бизнеса, где компания могла активно работать. Однако в том же самом исследовании авторы указывают, что, поскольку меры структурного характера к Bell System не применялись, компания смогла успешно вытеснить конкурентов с рынка телекоммуникаций, ведь она контролировала не только производство телефонного оборудования, но и в качестве компаний-операторов Bell являлась сама для себя клиентом⁴⁷. Подкомитет по антимонопольному, торговому и административному законодательству, отметив

⁴⁶ *Watzinger M., Fackler T., Nagler M., Schnitzer M. How Antitrust Enforcement Can Spur Innovation: Bell Labs and the 1956 Consent Decree // American Economic Journal: Economic Policy. 2020. Vol. 12, no. 4. P. 345.*

⁴⁷ *Ibid. P. 21–22, 27–28.*

это, подверг решение по Bell резкой критике⁴⁸. В упомянутом исследовании авторы также делают вывод, что ограничение доступа на рынок сокращает количество инноваций, а принудительное лицензирование само по себе не является достаточным без принятия структурных мер в его поддержку. Судя по всему, без достаточного доступа к рынку сбыта сам по себе доступ к технологиям через принудительное лицензирование не стимулирует вход на рынок и инновации.

В описанных делах обращает на себя внимание, насколько важными оказались ожидания относительно будущего отрасли при разработке соответствующих мер и как эти меры в реальности повлияли на развитие отрасли. Помимо очевидных результатов для потребителей на конкретном рынке, эти средства правовой защиты в рамках антимонопольного законодательства — вследствие сетевых эффектов и «эффекта колее» — сыграли важную роль в открытии ряда рынков для конкуренции и позволили развиваться стартапам. Эти дела могут предоставить нам интересную информацию о том, как относиться к средствам правовой защиты в области конкурентного права и как их разрабатывать с учетом полицентричного измерения законодательства о конкуренции в сложной экономике.

2.2.2. Использование структурных мер и разделения цифровых платформ: прошлое в качестве настоящего

В последние годы разделение больших цифровых платформ на более мелкие стало темой ожесточенных дискуссий. Это не первый случай, когда структурные меры рассматриваются как подходящие средства правовой защиты в рамках законодательства о конкуренции. Два дела, которые могут служить образцами, — это разделение компании AT&T в 1956 г. и попытка разделить компанию Microsoft в начале 2000-х годов. Хотя разделение AT&T многие считают относительно успешной мерой, а ее результаты в целом положительными, относительно возможного разделения Microsoft эксперты не были столь единодушны. Таким образом, выбор структурной меры зависит от тщательного анализа издержек и прибыли не только для проблемы, возникшей в рамках антимонопольного законодательства, которую эта мера призвана решить, но и для внутренней организации, управления и характеристик рассматриваемого предприятия.

Ключевым делом, в котором речь шла о принудительном разделении по антимонопольному законодательству, стало дело компании AT&T. Компания была разделена на компанию по междугородним коммуникациям AT&T и семь региональных операторов, каждый из них продолжал оставаться регулируемой монополией в области местных телекоммуникаций до 1996 г. Разрушение монополии AT&T на междугороднюю связь стимулировало конкуренцию, что, в свою очередь, привело к существенному снижению цен и огромной выгоде для потребителей.

⁴⁸ В докладе Подкомитета, выпущенном в 1959 г., отмечалось, в частности: «Определение о мировом соглашении в деле AT&T... [является] бесосновательным и неэффективным в качестве инструмента для достижения целей антимонопольного законодательства. Данное решение не только позволяет AT&T Western сохранять постоянный контроль, но и не ограничивает роль Western в качестве эксклюзивного поставщика оборудования для Bell System, тем самым сохраняя монополию в сфере производства телефонного оборудования» (Report of the Antitrust Subcommittee (Subcommittee No. 5) of the Committee On the Judiciary, House of Representatives, Eighty-sixth Congress, First Session, Pursuant to H. Res. On Consent Decree Program of the Department of Justice. Washington: U. S. Govt. Print. Office, 1959. P. 290).

В деле *US v. Microsoft*⁴⁹ судья Джексон принял предложение истца о средствах судебной защиты и предписал компании Microsoft разделиться на два «Бейби Билла» (*Baby Bills*) — компанию по производству операционных систем (далее — ОС), которая должна была унаследовать все программное обеспечение для ОС, и компанию по созданию приложений, к которой должны были перейти все остальные активы, связанные с программным обеспечением. Денежные средства и ценные бумаги других компаний, принадлежавших Microsoft, следовало поделить между образованными юридическими лицами. Биллу Гейтсу и другим руководителям компании не разрешалось занимать какие-либо руководящие должности или владеть долями ни в одной из этих двух компаний.

Однако правительство США не сумело показать, что предлагаемое, но впоследствии отвергнутое разделение могло бы служить надлежащей мерой. К тому же за несколько недель до вынесения судьей Джексонем решения под руководством судьи Познера правительство США и компания Microsoft пришли к компромиссу, на компанию были наложены лишь меры поведенческого характера.

Между двумя описанными делами существует ряд ключевых различий, позволяющих предположить, что разделение Microsoft нанесло бы ущерб не только компании, но и потребителям, и всей компьютерной отрасли.

В 1981 г. AT&T представляла собой столетнюю регулируемую монополию с множеством уровней управления. По историческим причинам местные телефонные компании внутри старой AT&T, такие как *New York Telephone*, по-прежнему управлялись отдельно из подразделения, которое занималось междугородними линиями связи. Разделить филиалы было несложно, ведь на многих уровнях они функционировали как отдельные компании. У AT&T также было достаточное количество менеджеров, чтобы справиться с разделением компании.

Microsoft же, напротив, на момент разбирательства была молодой компанией, ей управляли несколько руководителей, а филиалы не были четко выделены. Это означает, что разделение создало бы серьезные проблемы с управлением и существенно сократило бы гибкость компании. В 1980-е годы, в первое десятилетие существования Microsoft, компания росла естественным образом. Ее деятельность по слиянию и поглощению усилилась только с 1994 г. и по-настоящему пошла в гору в 2000-х годах. С момента основания Microsoft приобрела около 200 компаний, в среднем по 6 компаний в год из различных секторов рынка информационных технологий, причем 178 приобретений было совершено после 1992 г.⁵⁰

Наконец, AT&T была регулируемой компанией, а это гарантировало, что компании, возникшие после разделения, сохраняют связи между собой. И наоборот, разделение Microsoft могло с большой долей вероятности привести к нестыковкам и дальнейшей потере эффективности. Двухэтапный план по разделению, разработанный Министерством юстиции, исходил из надежды, что автономная компания по созданию приложений создаст новую ОС, которая сможет конкурировать с Windows. В то же время в процессе судебного разбирательства было установлено, что на основе Windows работает более 70 тыс. приложений; по определению правительства США, это создавало барьер для входа ОС на рынок. Однако

⁴⁹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3^d 34 (D. C. Cir. 2001). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/253/34/576095> (дата обращения: 30.09.2020).

⁵⁰ См. подробнее: *Lopez Giron A., Vialle P.* Preliminary analysis of mergers and acquisitions by Microsoft from 1992 to 2016: a resource and competence perspective // 28th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS): “Competition and Regulation in the Information Age”. Passau, Germany, July 30 — August 2, 2017. URL: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/169462/1/Giron-Vialle.pdf> (дата обращения: 30.09.2020).

конкуренты, которые специализировались на приложениях, вряд ли смогли бы создать в краткосрочной перспективе конкурентоспособную ОС.

Разделение Microsoft имело бы разрушительные последствия.

Во-первых, разделение компании могло привести к росту цен. Если Министерство юстиции было право и Microsoft сохраняла цены на свою ОС на низком уровне, чтобы реализовывать свою монопольную власть на смежном рынке браузеров, то та из двух компаний, которая унаследовала бы ОС, не имела бы стимула удерживать цену на низком уровне. Компания по разработке ОС потеряла бы стимул ставить в невыгодное положение компании по разработке приложений. Таким образом, если Министерство юстиции не ошибалось и Microsoft обладала значительной монопольной властью из-за «барьера для доступа приложений», введение более высоких цен стало бы прямым результатом разделения.

Во-вторых, как объяснялось выше, разделение могло уничтожить те самые преимущества, которые и сделали компанию Microsoft динамичным и опасным конкурентом. Разделение, скорее всего, лишь на время устранило бы стимул для вмешательства в производство приложений со стороны разработчиков ОС. Более того, предложение о разделении со стороны окружного суда не накладывало долговременных ограничений на деятельность каждой из компаний после разделения. Весьма вероятно, что через несколько лет после такого разделения одна из получившихся в результате компаний снова стала бы доминировать на обоих рынках в результате сетевых эффектов.

При рассмотрении возможности разделения компании следует учитывать, что цифровые рынки увеличивают риск злоупотреблений, так как платформы служат жизненно важным катализатором инноваций в экономике и поведенческие предписания не дают адекватного ответа на данную проблему⁵¹. Однако средства судебной защиты от определенных типов поведения не могут адекватно решить проблему риска или издержек⁵². Издержки от ошибок первого и второго рода в цифровой экономике также более сложны в силу значимости каскадных эффектов и воздействия, которое монополизация рынков может оказать на инновации⁵³.

У каждого из технологических гигантов, которые являются объектами пристального внимания, таких как Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft, Alibaba, Baidu, Tencent и JD.com, есть свои уникальные характеристики и своя уникальная история. Именно поэтому нет смысла разрабатывать универсальные рекомендации, которые можно было бы применить ко всем этим компаниям.

Одна из главных проблем, на которую указывают те, кто требует структурного разделения, заключается в запрете платформам извлекать выгоду из своей двойственности роли, поскольку они одновременно выступают и как операторы

⁵¹ См., напр.: Khan L. M. The Separation of Platforms and Commerce // Columbia Law Review. 2019. Vol. 119. P.973.

⁵² Ibid.

⁵³ См. подробнее доклад европейской группы экспертов: Cr mer J., Montjoye Y.-A., Schweitzer H. Competition Policy for the Digital Era. EU Commission Final Report. ОРОСЕ, 2019. P.4, 50–52. — На с. 5 доклада указывается: «Специфические характеристики многих цифровых рынков, по-видимому, изменили баланс затрат на ошибки и затрат на внедрение, поэтому могут потребоваться некоторые модификации установленных тестов, включая распределение бремени доказывания и определение стандарта доказательства. В условиях высококонцентрированных рынков, характеризующихся сильными сетевыми эффектами и высокими барьерами для входа на рынки, которые не способны к быстрой самокоррекции, возникает стремление запретить антиконкурентные действия и возложить на доминирующие компании бремя доказательства того, что их поведение носит стимулирующий конкуренцию характер. Это является верной стратегией, особенно когда доминирующие платформы пытаются выйти на смежные рынки, тем самым превращаясь в цифровые экосистемы, которые пользователям все труднее покинуть».

платформ, и как операторы торговых площадок. В своей недавней работе Лина Хан утверждает, что компания Amazon спекулирует на своей двойной роли, будучи одновременно торговой площадкой и продавцом, а также внедряя политику, выгодную компании с точки зрения контроля над брендами и ценообразованием. В том, что касается первой категории злоупотреблений, а именно использования своей двойной роли при продаже товаров, продукция Amazon занимает позицию по умолчанию в списках товаров, даже когда другие товары продаются по более низким ценам. Такие дефолтные позиции составляют почти 82 % продаж компании Amazon. Применительно ко второй категории злоупотреблений, а именно присвоению информации, Amazon включает в свои операции информацию, выходящую за рамки продаж. Эта информация может быть связана с количеством кликов, изменением цен, изображением товаров, реакцией потребителей на позицию товара в списке и т.д. Информация, собранная виртуальным ассистентом Alexa, разработанным компанией Amazon, также влияет на стратегию продвижения товара, поскольку Alexa выбирает продукцию Amazon по умолчанию. Amazon создала фонд с бюджетом 100 млн долларов США для поддержки стартапов, разрабатывающих голосовые технологии, чтобы выстроить целую экосистему вокруг ассистента Alexa. Хан утверждает, что Amazon использует фонд как прикрытия для кражи идей, касающихся новых продуктов⁵⁴.

Переходя к компании Alphabet, Хан пишет, что Google обеспечивает весь операционный доход Alphabet — 36,5 млрд долларов США — в 2018 г. и что американские потребители используют Google для 88 % всех поисковых запросов и для 95 % всех поисковых запросов с мобильных устройств. Хан рассматривает исследование ФТК, проведенное в 2011 г. в отношении Google и призванное выяснить, отдавала ли компания Google при поиске предпочтение своим собственным сайтам и собирала ли Google информацию со сторонних веб-сайтов, чтобы повысить качество своих вертикальных сайтов. Через условия, включенные в договоры, Google заставляла владельцев сайтов принимать лицензионные соглашения, которые предоставляли Google доступ к их каналам данных. Чтобы войти в результаты поиска, сторонние поставщики должны были соглашаться на такие условия. Сотрудники ФТК пришли к выводу, что практика сбора информации ограничивала желание инвестировать и создавать ценный контент. Однако несмотря на это, представители ФТК урегулировали этот спор с Google⁵⁵.

В ситуации с Facebook Хан выделяет конкретное злоупотребление — присвоение информации — и считает разработчиков приложений и тех, кто размещает контент в Интернете, жертвами, вынужденными одновременно и полагаться на платформу Facebook, и конкурировать с ней. Политика платформы запрещает разработчикам использовать собственные программные интерфейсы приложений (application programming interface, API) для поддержки продукта, который Facebook считает «ядром» своей платформы. Компания — разработчик мобильных приложений Voxel стала одной из жертв такого злоупотребления. Тем, кто продвигает свои сайты, нужен доступ к пользователям Facebook, чтобы сделать свою рекламу более привлекательной. Facebook продает данные пользователей таким рекламодателям и может присваивать информацию о посетителях конкретного сайта, чтобы продавать рекламу, направленную на тех же посетителей, но за цену намного ниже той, которую устанавливает владелец и взимает держатель сайта⁵⁶.

⁵⁴ Khan L. M. The Separation of Platforms and Commerce. P. 973, 987–988, 992, 994, 995.

⁵⁵ Ibid. P. 996–999.

⁵⁶ Ibid. P. 1000–1004.

В отношении компании Apple Хан главным образом рассматривает жалобу шведского музыкального сервиса Spotify в ЕС. Первым аспектом жалобы было то, что Apple взимает 30%-ную плату за покупки в приложении, но делает это выборочно. Приложения, которые Apple производит сама, и приложения, которые не конкурируют напрямую с Apple, например Uber, ничего платить не должны. Вторым аспектом состоял в том, что Apple не разрешает компании Spotify напрямую коммуницировать с пользователями Apple или предлагать им свои услуги. Третий аспект заключался в том, что Apple отказывается приложениям в доступе к платформе, если они воспроизводят функционал основных приложений Apple. Например, компания удалила приложение для отслеживания двигательной активности со своей платформы после того, как внедрила собственную версию такого приложения. Последний аспект жалобы был связан с «радаром релизов»: Apple разработал технологию для мониторинга приложений, которые могут угрожать деловым интересам концерна⁵⁷.

По мнению Хана, закон о конкуренции должен лишать операторов рынка возможности вертикально интегрироваться и конкурировать на различных рынках⁵⁸. Именно такое средство правовой защиты было успешно применено в контексте мирового соглашения AT&T в 1956 г., когда компании было запрещено конкурировать в других отраслях, кроме телекоммуникаций, и ее обязали передавать свои патенты путем лицензирования другим компаниям за разумную плату, что, в свою очередь, дало толчок развитию информационно-коммуникационных технологий (далее — ИКТ) и инноваций. Аналогичный подход также применялся в компании IBM, которая, в отличие от AT&T, не являлась регулируемой монополией. Компании было запрещено вертикально интегрироваться на рынок сервисного обслуживания и продавать не сами компьютеры, а сервисы для поддержки компьютеров. Теоретически этот запрет мог косвенно поддержать как возникновение отдельной индустрии компьютерных услуг, так и вертикальную специализацию цепочки создания стоимости в производстве программного обеспечения, ведь эта цепочка исходит из структурированного набора стандартов, которые позволили самым разным продуктам и функциям, производимым компаниями, работающими на разных вертикальных уровнях отрасли, интегрироваться друг с другом⁵⁹.

Хан утверждает, что до 1970-х годов регулирующие органы не разрешали доминирующим компаниям конкурировать с компаниями, пытавшимися получить доступ к их инфраструктуре⁶⁰. Федеральное правительство и правительства отдельных штатов запрещали компаниям (в перспективе) расширять свою экономическую специализацию. Они делали это различными способами, в частности внедряя корпоративные уставы и законодательство о конкуренции. Вводимые нормы касались секторов, где наблюдались проявления монополической власти, и секторов, имевших решающее значение для экономики. Надзор правительства был направлен на обеспечение надежности и недискриминации.

Для дальнейшего подтверждения своей позиции Хан обращается к языку, который Верховный суд США использовал в ряде старых дел, в особенности к заявлению о том, что вертикальная интеграция может «застопорить» (clog) конку-

⁵⁷ Ibid. P. 1005–1007.

⁵⁸ Ibid. P. 980–981.

⁵⁹ См. об этом: *Bresnahan T.* New Modes of Competition: Implications for the Future Structure of the Computer Industry // *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace* / eds J. Eisenach, T. M. Lenard. London: Springer, 1999. P. 155, 195.

⁶⁰ *Khan L. M.* The Separation of Platforms and Commerce. P. 1013–1014.

ренцию и лишить компании «справедливой возможности конкурировать»⁶¹. Как отмечает Хан, Верховный суд в одном из своих решений указал на то, что только разукрупнение способно возместить ущерб, причиненный поглощением. На цифровых рынках, по мнению Хан, на первый план выходят барьеры входа на рынок в силу сетевых эффектов и неравный доступ к данным⁶².

Такое средство правовой защиты, как запрет для операторов рынка одновременно вертикально интегрироваться и конкурировать на отдельных рынках, лишило бы платформы стимула совершать злоупотребления. Функциональное предназначение этого средства правовой защиты состоит не только в обеспечении экономической эффективности или повышении благосостояния потребителей, оно также может включать в себя более широкие цели, такие как добросовестная конкуренция, управляемость и эластичность системы (system resilience)⁶³.

Однако двойственная роль платформ не единственное опасение тех, кто выступает за разделение компаний-монополистов. Помимо приобретения новых конкурентов, интенсивность транзакций по слиянию и поглощению, проводимых платформами, блокирует инвестиции и инновации. Несмотря на объем венчурного финансирования, количество инвестиций со стороны «бизнес-ангелов» с 2015 г. продолжает неуклонно падать, у стартапов стало меньше шансов, чем раньше, для получения первоначального финансирования. Хан приводит неофициальные свидетельства того, что инвесторы не склонны рисковать и вкладывать средства в компании, конкурирующие с «базовой функциональностью» (core functionality) таких гигантов, как Google, Facebook или Amazon⁶⁴. В контексте вертикальных платформ Хан определяет вред конкуренции как такое поведение платформы, которое «снижает инвестиционную и предпринимательскую активность независимых сторон» и тем самым наносит ущерб инновациям⁶⁵.

По мнению Хан, чтобы направлять «политику платформ» и контролировать правоприменение, имеет смысл продвигать сетевой нейтралитет и принципы общедоступной транспортировки (common carriage), поддерживающие инновации. Интернет-протокол позволяет разработчикам проектировать новые сервисы, не запрашивая разрешения у сетевых операторов. Сам интернет-протокол определяется принципами common carriage, в соответствии с которыми регулируемые субъекты обязаны одинаково относиться к сторонам, находящимся в равном положении. Принцип common carriage по своей сути обеспечивает общий недискриминационный доступ и индифферентность по отношению к товарам или услугам, которые «транспортируются» посредством инфраструктуры⁶⁶.

Хан выделяет шесть дополнительных причин, оправдывающих введение структурных ограничений: 1) устранение конфликта интересов; 2) защиту от перекрестного финансирования, способного расширить существующее доминирование; 3) поддержание устойчивости системы; 4) содействие разнообразию; 5) недопущение роста рыночной власти; 6) повышение управляемости⁶⁷.

Применительно к причине 3 (поддержание устойчивости системы) Хан в первую очередь указывает на то, что разделение компаний оправдывается

⁶¹ Ibid. Fn. 261 (Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 323–24 (1962), в котором цитируется дело Standard Oil Co. of Cal. v. United States, 337 U.S. 293 (1949)).

⁶² Ibid. P. 1023.

⁶³ Ibid. P. 981.

⁶⁴ Ibid. P. 1008–1010.

⁶⁵ Ibid. P. 1024.

⁶⁶ Ibid. 1011–1013.

⁶⁷ Ibid. P. 1049.

заинтересованностью общества в сохранении стабильности и защите от сбоев. Действительно, последствия сбоя в одной системе могут иметь каскадный характер. Хан отмечает, что несколько лет назад из-за одного-единственного сбоя в работе Amazon сайты Netflix, Reddit, Business Insider и несколько других сайтов были недоступны в течение пяти часов. «Монокультура» создает слабые места в системе безопасности и увеличивает вероятность появления вредоносных программ и попыток взлома. Что касается причины 4 (содействие разнообразию), то разделение компаний способствует более активной конкуренции между производителями, которые стремятся содействовать разнообразию. Хан приводит пример слияния компаний Comcast и NBC. В результате этого слияния правительство США выразило обеспокоенность тем, что Comcast может предпочесть программы NBC, и эта обеспокоенность оказалась обоснованной, поскольку с момента слияния Comcast стала проявлять дискриминацию в отношении конкурирующего контента. В отношении причины 6 (улучшение и определение приоритетов администрирования) Хан отмечает неоднократную озабоченность Федеральной комиссии по связи (ФКС) тем, что стороны, пострадавшие от доминирующего предприятия, редко знают точно, когда именно был причинен ущерб. Структурные средства способствуют сдерживанию⁶⁸.

При условии, что такие режимы разделения возможны, их реализация потребует создания общей основы для разделения платформ и торговли. Подобный более широкий режим может быть введен с учетом того, что некоторые организации, такие как цифровые платформы, выполняют функции основного «привратника» (gatekeeper) в цифровой экономике⁶⁹. Хан определяет платформы, исходя из следующих факторов, учитывающих степень, в которой предприятие: 1) действует в качестве центральной площадки для обмена товарами; 2) необходимо для последующих этапов производства (здесь также учитывается степень доступа предприятий, находящихся на следующем этапе производственного цикла, к товарам-заменителям); 3) приобретает ценность от сетевых эффектов (учитывается тип таких сетевых эффектов); 4) действует в качестве инфраструктуры для приложений, предоставляемых третьими лицами. Кроме того, во внимание принимаются размер, охват, масштаб и взаимосвязи компании⁷⁰.

Могут быть и другие поводы для беспокойства, например разнообразие средств информации, выступающее аргументом для введения режима структурного разделения. Тем не менее вопрос здесь заключается в том, является ли это проблемой в рамках конкурентного права, или же подобные меры должны проводиться через отраслевое регулирование. Так, Хан продвигает политику отделения коммуникационных сетей Facebook и Google от их рекламных подразделений, хотя и признает, что обе платформы получают от рекламы почти всю прибыль. При такой комбинации издатели лишаются рекламных доходов, однако общество должно защищать новостные СМИ⁷¹.

Чтобы определить, каких поставщиков услуг связи следует разделить, Хан ссылается на прежнюю политику ФКС, когда первым делом смотрели на доходы от операционной деятельности. Во вторую очередь определяли то, что квалифицируется как «уникальные» продукты или услуги. Регуляторные органы получили бы возможность определять по прошествии определенного времени, привнесли ли конкретные приложения что-то в основной функционал и компенсируют ли

⁶⁸ Ibid. P. 1055–1069.

⁶⁹ Ibid. P. 1061.

⁷⁰ Ibid. P. 1077.

⁷¹ Ibid. P. 1068.

выгоды от интеграции определенных характеристик потенциальный вред для инноваций. Хан признает, что режим разделения может свести на нет определенное снижение затрат, тем самым приводя к повышению цен. Тем не менее органы исполнительной власти будут сопоставлять потери в статической эффективности с выгодой от инноваций так же, как они сопоставляют потери в платформенных инновациях с ростом инноваций в смежных областях⁷².

Подобные предложения следует оценивать с осторожностью, прежде всего с точки зрения характеристик, организации и истории каждого конкретного предприятия, которое станет объектом таких радикальных мер. Эти предложения также вызывают вопросы относительно наличия соответствующих институциональных условий, в рамках которых допустимо вводить такие меры, и относительно способности юрисдикций, будь они развитыми или развивающимися, обеспечить структурное разделение предприятий, чьи штаб-квартиры и производственные активы находятся в других юрисдикциях, в частности в юрисдикциях, обладающих значительным политическим и экономическим влиянием. Риск того, что такие средства правовой защиты будут расценены как продиктованные протекционистскими намерениями, а не подлинными проблемами конкурентного права, способен быть фактором, приводящим к возникновению международной напряженности и, следовательно, имеющим нежелательные последствия. В отсутствие мирового режима максимум, что можно сделать для конкурентного права, — это активизировать сотрудничество и обмен информацией между национальными антимонопольными органами разных стран, а также между этими органами и судами.

Разделение компаний может принимать разные формы и не обязательно должно быть структурным. «Облегченный вариант» разделения достижим с помощью политических мер, обязывающих цифровые платформы не использовать личные данные, собранные участниками их экосистем, за исключением случаев, когда они получили явное согласие от своих пользователей. Другая возможность — обязать крупные цифровые платформы, чтобы они сохраняли в компаниях, которые приобретают, прежнюю политику по защите персональных данных и не снижали уровень конфиденциальности. Такая политика «разделения данных» довольно легко реализуема и способна помочь уменьшить информационное преимущество, которым обладают некоторые платформы, с учетом того, сколько времени люди проводят в сети и внутри экосистемы каждой платформы (см. диаграмму).

Например, во время проведения оценки сделки по слиянию Facebook представила Европейской комиссии заверения, как в форме уведомления, так и в виде ответа на информационный запрос, что не сможет установить надежную автоматическую совместимость между учетными записями пользователей Facebook и учетными записями пользователей WhatsApp. Однако после приобретения WhatsApp компанией Facebook в августе 2016 г. компания WhatsApp обновила свою политику конфиденциальности, чтобы пользователи приложения WhatsApp могли связывать свои номера телефонов с личными данными на Facebook. В итоге Комиссия наложила на Facebook штраф в размере 110 млн евро за предоставление вводящей в заблуждение информации о слиянии Facebook и WhatsApp⁷³.

⁷² Ibid. P. 1077–1081.

⁷³ Facebook/WhatsApp. Case COMP/M.8228. Commission Decision, 17 May 2017. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228_493_3.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

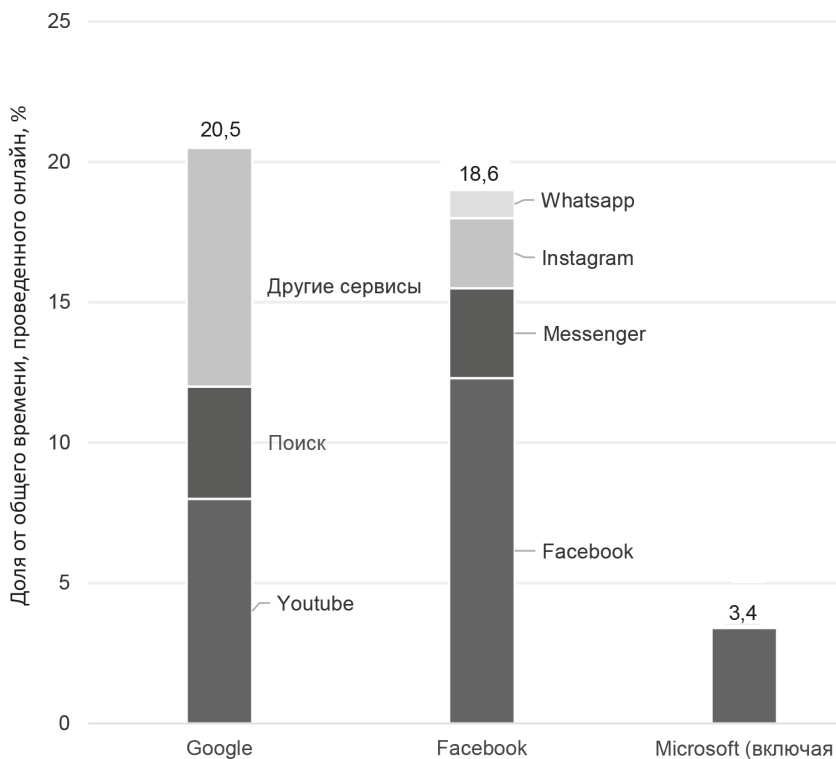


Диаграмма. Время, которое пользователи проводят в различных экосистемах (Австралия)

Источник: Digital Platforms Inquiry. Final Report. Australian Competition and Consumer Commission, 2019. P. 513.

2.2.3. Превентивное структурное урегулирование споров

Выбор средств правовой защиты является одним из примеров урегулирования споров. Правоприменительная практика в области конкурентного права впишется в модель разрешения споров, если, например, существует спор между четко определенными сторонами, а последствия конкретного поведения касаются одного или нескольких соответствующих рынков. Однако если спор полицентричен, разрешение окажется проблематичным в силу сложности самого спора и круга затрагиваемых субъектов, которые бывает сложно предугадать, а это, в свою очередь, затруднит организацию их участия в споре таким образом, чтобы они имели возможность представить свою позицию. Если орган, принимающий решение, получает информацию только от сторон, участвующих в судебном разбирательстве, он, скорее всего, не обладает полнотой информации, чтобы определить, как его (потенциальное) решение повлияет на интересы сторон, затронутые в результате предполагаемого антиконкурентного поведения. Одним из последствий такого дефицита информации станет то, что принятое решение негативно повлияет на социальное благосостояние. Действительно, ряд проблем, например распределение экономических ресурсов, получение прибавочной стоимости, генерируемой инновациями и т.д., потенциально сделают спор слишком полицентричным для вынесения однозначного решения.

Из-за сложной структуры цепочек создания стоимости споры в цифровой экономике отличаются явной полицентричностью с учетом каскадных эффектов и влияния на экономику в целом, ведь многие сектора целиком зависят от конкретной цифровой платформы или нескольких платформ. Из-за этого иногда сложно провести разграничение между разрешением спора антимонопольным органом и административно-управленческой моделью, особенно на практическом уровне. Тем не менее полезно рассматривать две модели — модель разрешения споров и административно-управленческую модель — как образующие единый континуум в отношении надлежащей степени усмотрения и, как следствие, законности действий компетентных органов, что, в свою очередь, тесно связано с участием сторон, чьи интересы были затронуты. Проще говоря, чем больше конкурентное право движется в сторону регуляторно-управленческой модели и чем ближе к этой модели становится структурное урегулирование, тем активнее оно должно интегрировать механизмы формирования легитимности данной модели и тем сильнее должно стремиться к расширению участия субъектов, на которых распространяются меры правовой защиты, а также привлекать всех, чьи интересы могли или могут быть затронуты (например, потребителей, конкурентов на смежных рынках, групп граждан и организаций). Трехсторонняя модель разрешения споров, т. е. когда спор ограничен двумя сторонами и арбитром, в полицентричных диспутах должна уступить место более инклюзивной модели структурного разрешения споров, что позволит сохранить легитимность правоприменения в сфере конкурентного права, а также актуальность и привлекательность этого инструмента для общества в целом.

Средства правовой защиты, принятые в контексте решений об обязательствах, часто согласуются с моделью структурного разрешения споров. Такие средства носят профилактический характер и призваны устранить любую потенциальную угрозу ценностям конкуренции, их задача — реструктурировать организацию, причастную к нарушению законодательства о конкуренции. В этом случае решения об обязательствах вступают в силу *ex post*, и в контексте цифровой экономики, где монополизация рынка может привести к долгосрочным эффектам, это может оказаться не самым удачным планом действий.

Национальный антимонопольный орган также вправе провести исследование рынка. Цель исследований рынка или запросов по секторам — использовать методологию цепочки создания стоимости для выявления возможных узких мест и других источников власти. Как только это будет сделано, возникнет основа для разработки средств, способных решить указанные проблемы. Таким образом, исследования рынка или запросы по секторам дают национальным антимонопольным органам право вмешиваться заранее и предотвращать антиконкурентное поведение на самом раннем этапе. Подобное предложение уже было выдвинуто в Докладе группы экспертов по цифровой конкуренции, где анализировались преимущества, которые предлагает британский режим в отношении исследований рынка⁷⁴.

Национальным антимонопольным органам в юрисдикциях БРИКС есть смысл воспользоваться ресурсами, которые им предоставляют их собственные полномочия и законодательная база, чтобы задействовать эти инструменты либо самостоятельно, либо в тандеме с другими регуляторами. Следует отметить инициативу

⁷⁴ *Furman J. et al.* Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019. P. 116–117. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

Комиссии ЮАР по защите конкуренции, которая в апреле 2019 г. приняла предварительные выводы и рекомендации по итогам исследования рынка услуг передачи данных⁷⁵. Комиссия смогла применить инструмент исследования рынка и принять необходимые рекомендации благодаря поправкам в законодательство 2018 г., которые расширили ее полномочия. Теперь, после завершения исследований рынка, Комиссия вправе разрабатывать обязательные рекомендации и привлекать заинтересованные стороны, чтобы предложить целостный взгляд на существующие проблемы⁷⁶.

2.2.4. Регулирование алгоритмов *ex ante* и *ex post*

Алгоритмы могут способствовать тайным сговорам или стимулировать их. По этой причине их использование периодически вызывает тревогу в плане соблюдения законодательства о конкуренции наряду с другими проблемами, связанными с общественным благосостоянием (этикой, дискриминацией, конфиденциальностью). Основные проблемы с конкуренцией касаются преимущественно сговора с использованием алгоритмов (*algorithmic collusion*), в особенности с использованием самообучающихся автономных алгоритмов и алгоритмической ценовой дискриминации. Обсуждаются вопросы о том, следует ли вводить некоторую форму оценки *ex ante* и регулирования алгоритмов с помощью алгоритмического регулятора (или национального антимонопольного органа) для их скрининга и оценки конкурентного риска, который они представляют⁷⁷. Аудит и санкции *ex post* должны дополнять такое регулирование *ex post*⁷⁸. Оценки *ex post* и *ex ante* выполняются специальными цифровыми регуляторами, которые осуществляют одновременно проверку в рамках законодательства о конкуренции с вопросами, касающимися защиты персональных данных, недискриминации, равенства и соблюдения этических норм.

2.2.5. Переносимость данных

«Переносимость данных» — право цифровых пользователей перемещать, копировать и/или передавать свои личные данные на разные платформы. Это право обеспечивает свободное перемещение персональных данных и позволяет пользователям не ограничиваться количеством цифровых платформ. Оно также имеет важные синергетические эффекты с точки зрения законодательства о конкуренции и его применения в цифровом мире, где доступ к персональным данным имеет решающее значение для разработки цифровых продуктов и услуг, особенно с учетом сильных сетевых эффектов и эффектов блокировки со стороны многосторонних

⁷⁵ Data Services Market Inquiry — Provisional Findings and Recommendations. Report. Competition Commission of South Africa, 2019. URL: <https://www.compcom.co.za/newsletter/data-market-inquiry/> (дата обращения: 30.09.2020).

⁷⁶ См. подробнее: Data Services Market Inquiry Guidelines for Stakeholder Participation. Competition Commission of South Africa, 20 September 2017. URL: <https://www.ellipsis.co.za/wp-content/uploads/2017/08/Data-Services-Market-Inquiry-Guidelines-200917.pdf> (дата обращения: 30.09.2020).

⁷⁷ См., напр.: Harrington J. Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agents // Journal of Competition Law and Economics. 2018. Vol. 14, iss. 3. P. 331–363; Gata J. Controlling Algorithmic Collusion: Short Review of the Literature, Undecidability and Alternative Approaches // REM Working Paper 077-2019. March 2019. P. 1–20. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334889 (дата обращения: 30.09.2020).

⁷⁸ См. подробнее: Desai D., Kroll J. Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law // Harvard Journal of Law and Technology. 2018. Vol. 31, iss. 1. P. 1; Kroll J., Huey J., Barocas S., Felten E., Reidenberg J., Robinson D., Yu H. Accountable Algorithms // University of Pennsylvania Law Review. 2017. Vol. 165. P. 633.

платформ. В настоящем разделе представлен обзор права на переносимость данных в рамках законодательства ЕС, США и стран БРИКС.

2.2.5.1. Переносимость данных в соответствии с законодательством Европейского союза

В 2016 г. Европейский союз принял Общий регламент о защите персональных данных (General Data Protection Regulation, далее — GDPR, Регламент)⁷⁹. Цель GDPR состоит в гармонизации всех законов о защите данных в ЕС и Европейском экономическом пространстве (European Economic Area, EEA) и защите конфиденциальности данных всех граждан ЕС как внутри, так и за пределами ЕС. Регламент применяется по всему миру к организациям, которые собирают и обрабатывают данные о лицах, физически находящихся в государстве — члене ЕС, независимо от того, были ли эти организации созданы в рамках ЕС (принцип экстерриториальности)⁸⁰.

Регламент определяет ряд прав для пользователей цифровых сервисов, одним из которых является право на переносимость данных. Это право требует, чтобы все субъекты персональных данных могли получать относящиеся к ним личные данные, которые они предоставили контроллеру, в структурированном, повсеместно используемом и машиночитаемом формате⁸¹. Также GDPR предусматривает, что там, где это технически возможно, субъект персональных данных должен иметь право передавать личные данные непосредственно от одного контроллера другому, однако это право не будет применяться в ситуациях, когда обработка информации осуществляется в общественных интересах или в рамках исполнения государственным органом своих полномочий.

Обязательства по соблюдению GDPR возлагаются на организации, также Регламент предписывает назначить уполномоченное лицо по защите данных (Data Protection Officer, DPO) для организаций, чья основная деятельность состоит из операций обработки данных, требующих регулярного и систематического мониторинга субъектов персональных данных в больших масштабах или относящихся к специальным категориям персональных данных.

Несоблюдение требований GDPR может привести к различным последствиям для организаций, к которым он применяется. Последствия варьируются от письменного предупреждения до периодических проверок защиты данных и штрафов в размере до 10 млн евро или 2 % от годового дохода компании по всему миру

⁷⁹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Регламент вступил в силу в мае 2018 г. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> (дата обращения: 15.02.2020).

⁸⁰ GDPR применяется к контроллерам и тем, кто обрабатывает данные, включая «облачные хранилища» (ст. 3 GDPR). См. также информационный бюллетень Европейской комиссии «Новая эра защиты данных в ЕС: что меняется после мая 2018 г.» (European Commission, “A New Era for Data Protection in the EU: What changes after May 2018”, 2018), где говорится, что GDPR также относится к обработке персональных данных контроллерами и обработчиками в ЕС, независимо от того, происходит обработка в ЕС или нет. GDPR также распространяется на обработку персональных данных субъектов в ЕС контроллером или обработчиком, не находящимся в ЕС, чья деятельность связана с предложением товаров или услуг гражданам ЕС (независимо от того, требуется ли оплата) и мониторингом поведения внутри ЕС. Предприятия, не находящиеся в ЕС, но обрабатывающие данные граждан ЕС, должны назначить представителя в ЕС.

⁸¹ См. подробнее: ст. 20 и п. 68 Преамбулы GDPR. — Контроллеры обязаны делать данные доступными в структурированном, повсеместно используемом и машиночитаемом формате, который позволяет индивидууму передавать данные другому контроллеру.

за предыдущий финансовый год в зависимости от того, какая сумма окажется больше, или штрафов до 20 млн евро или 4 % годового оборота компании по всему миру в зависимости от характера и серьезности нарушения. Самые серьезные штрафы налагаются на организации, не обеспечившие защиту персональных данных из-за несоблюдения Регламента.

2.2.5.2. Переносимость данных в США

В США пока не принято всеобъемлющее федеральное законодательство, касающееся конфиденциальности или защиты персональных данных, хотя в стране действует отраслевое регулирование, которое предусматривает различные формы переносимости данных. В области здравоохранения Закон об отчетности и переносе данных о страховании здоровья 1996 г.⁸² предоставил пациентам право доступа на федеральном уровне к личной медицинской информации⁸³. В соответствии с Законом Додда — Франка 2010 г. были созданы права на перенос данных в отношении финансовой информации, распространяющиеся также на уполномоченных третьих лиц⁸⁴. В сфере финансового учета Конгресс разрешил потребителям получать доступ к информации о кредитных рейтингах и получать ежегодный бесплатный кредитный отчет⁸⁵.

На уровне штатов первопроходцем выступила Калифорния с Законом о защите прав потребителей⁸⁶, вступившим в силу 01.01.2020. Этот закон предоставляет пользователям право на переносимость данных — потребители могут запрашивать личную информацию, которую должны предоставлять как онлайн-, так и офлайн-компании в формате, позволяющем переносить эту информацию⁸⁷. В отличие от федерального законодательства, обеспечивать соблюдение этого закона может только Генеральный прокурор штата Калифорния. До направления жалобы в суд потребитель обязан предоставить компании 30 дней для восстановления нарушенных прав потребителя и выполнения требований законодательства, в противном случае к компании будут применены гражданские санкции, достигающие 750 долларов США за нарушение. Однако если непредоставление этих данных было преднамеренным, компании могут быть оштрафованы на сумму до 7500 долларов США за нарушение. Несколько штатов рассматривают вопрос о принятии законов о конфиденциальности данных или вносят проекты таких законов, основывая их на калифорнийской модели⁸⁸.

⁸² The Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 (HIPAA). Public Law 104–191. August 21, 1996. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-104publ191/pdf/PLAW-104publ191.pdf> (дата обращения: 15.02.2020).

⁸³ См. подробнее: *Determann L.* Healthy Data Protection // UC Hastings Research Paper. 2019. P. 7–8. URL: <https://repository.law.umich.edu/mltr/vol26/iss2/3> (дата обращения: 15.02.2020).

⁸⁴ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. Public Law: Pub. L. 111–203. July 21, 2010. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf> (дата обращения: 15.02.2020).

⁸⁵ *Chander A., Kaminski M., McGeeveran W.* Catalysing Privacy Law // University of Colorado Law Legal Studies Research. 2019. Paper No. 19-25. P. 16. URL: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2190> (дата обращения: 30.09.2020).

⁸⁶ California Consumer Privacy Act (AB 375). June 28, 2018. California Civil Code Sections 1798.140. URL: https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375 (дата обращения: 15.02.2020).

⁸⁷ См. подробнее: *Goldman E.* An Introduction to the California Consumer Privacy Act (CCPA). Santa Clara University Legal Studies Research Paper. 2019. P. 2, 5. URL: <https://northerndistrictpracticeprogram.org/wp-content/uploads/2018/09/Intro-to-CCPA.pdf> (дата обращения: 15.02.2020).

⁸⁸ См. подробнее: *Chander A., Kaminski M., McGeeveran W.* Catalysing Privacy Law. P. 28–34.

Помимо закрепленных в законах путей переносимости данных, потребители в США могут подать основанный на общем праве иск о нарушении договора, хотя вопрос о том, допустимо ли рассматривать как договор политику об обработке персональных данных (privacy policy) компании, остается дискуссионным. Кроме того, по мнению ряда федеральных окружных судов, в личной информации отсутствуют признаки имущественного права⁸⁹. Спор о том, должна ли политика конфиденциальности квалифицироваться как права, обеспеченные контрактом, напрямую связан с вопросом о переносимости данных, поскольку лидирующие онлайн-платформы в рамках саморегулирования разрабатывают локальные нормативные акты, которые включают в себя право на переносимость данных, соответствующее требованиям ст. 20 GDPR⁹⁰.

2.2.5.3. Переносимость данных в странах БРИКС

В 2018 г. **Бразилия** приняла Закон о защите персональных данных, который вступил в силу в 2020 г.⁹¹ Этот закон устанавливает правила использования персональных данных в Бразилии. Закон применяется ко всем секторам экономики, где обрабатываются персональные данные, за несколькими исключениями⁹².

Бразильский закон во многом следует принципам GDPR, в частности он применим в ситуациях, когда та или иная иностранная компания имеет (как минимум) филиал в Бразилии или предлагает услуги на бразильском рынке и собирает и использует личные данные субъектов, находящихся в стране. Независимо от места регистрации и основной деятельности компания в перечисленных случаях будет объектом действия закона (ст. 3). Бразильский закон дает достаточно детальное определение специальных персональных данных⁹³ и позволяет коммерциализировать такого рода данные при условии, что это разрешено соответствующим государственным органом.

Одно из прав, предоставляемых законом, касается переносимости данных и описывает доступ к данным, внесение исправлений, отказ от обработки, право на информацию и объяснение об использовании данных. Закон также допускает трансграничную передачу персональных данных даже в те страны, где, как принято считать, отсутствует адекватный уровень защиты данных. Трансграничная передача данных обусловлена получением конкретного и явного согласия субъекта персональных данных или наличием гарантии со стороны контролера персональных данных. Гарантия может содержаться, например, в юридически обязывающих корпоративных правилах и стандартных положениях, подтверждающих, что при трансграничной передаче данных будут соблюдаться принципы, права

⁸⁹ См. об этом: *Elvy S.-A. Commodifying Consumer Data in the Era of the Internet of Things* // Boston College Law Review. 2018. Vol. 59. P. 464.

⁹⁰ См. подробнее: *Gans J. Enhancing Competition with Data and Identity Portability* // The Hamilton Project. Policy Proposal 2018-10. June 2018. P. 12. URL: https://www.hamiltonproject.org/assets/files/Gans_20180611.pdf (дата обращения: 30.09.2020).

⁹¹ Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm (дата обращения: 30.09.2020).

⁹² Такими как национальная и общественная безопасность, исследовательские, художественные и журналистские цели.

⁹³ Статья 5-II Закона № 13.709 определяет конфиденциальные персональные данные как «персональные данные, касающиеся расового или этнического происхождения, религиозных убеждений, политических убеждений, членства в профсоюзах или религиозных, философских или политических организациях, данные о здоровье или половой жизни, генетические или биометрические данные, когда они связаны с физическим лицом».

субъектов персональных данных и режим защиты персональных данных, установленный бразильским законодательством.

В законе также рассматривается роль уполномоченного по защите персональных данных, т. е. лица, ответственного за обеспечение соответствия организации нормативным требованиям и предоставление рекомендаций персоналу и подрядчикам в отношении мер, которые должны быть приняты по защите персональных данных. Нарушение предписаний влечет за собой административные санкции, такие как уведомление и штрафы со стороны уполномоченных органов. За каждое нарушение может быть наложен штраф, который составляет либо 2 % от оборота организации в Бразилии за последний финансовый год, либо 50 млн бразильских реалов — в зависимости от того, какая из сумм окажется больше.

В **России** действует Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»⁹⁴. «Персональные данные» определяются в нем как «любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных)» (п. 1 ст. 3). В законе также присутствует понятие «оператор», под которым подразумевается «государственный орган, муниципальный орган, юридическое или физическое лицо, самостоятельно или совместно с другими лицами организующие и/или осуществляющие обработку персональных данных, а также определяющие цели обработки персональных данных, состав персональных данных, подлежащих обработке, действия (операции), совершаемые с персональными данными» (п. 2 ст. 3). В законе отсутствует принцип экстерриториальности, и он применяется к любому юридическому лицу, включая иностранные юридические лица, имеющему юридическое присутствие в России и собирающее персональные данные на территории России. Кроме того, предусматриваются требования по локализации персональных данных — это относится к любому оператору данных, который обрабатывает персональные данные российских граждан, независимо от юрисдикции, в которой этот оператор находится. Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) является уполномоченным органом по защите персональных данных. Тем не менее российское законодательство все еще отстает от стандартов ЕС. В частности, в нем отсутствуют такие категории персональных данных, как генетические данные, не предусмотрено право на переносимость данных, операторы не обязаны предоставлять какую-либо форму официального уведомления в случае утечки данных.

В 2018 г. правительству **Индии** был представлен проект Закона о защите личных данных (Personal Data Protection Bill, PDPB)⁹⁵. Толчком к его разработке и образцом во многом послужил европейский регламент GDPR. Так, законопроект включает в себя положение об экстерриториальности (разд. 2), аналогичное правилам GDPR. В него также вошли права на доступ к данным, на исправление персональных данных, на переносимость данных и право быть забытым⁹⁶. Относи-

⁹⁴ К другим законам в этой сфере относятся Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», а также общие и отраслевые законы, такие как Трудовой кодекс РФ от 30.12.2001 № 197-ФЗ, Воздушный кодекс РФ от 19.03.1997 № 60-ФЗ.

⁹⁵ Draft of the Personal Data Protection Bill, 2018. URL: https://www.meity.gov.in/writereaddata/files/Personal_Data_Protection_Bill,2018.pdf (дата обращения: 30.09.2020).

⁹⁶ В проекте закона фигурируют три категории данных: 1) персональные данные — любые данные о физическом лице (data principal) или данные, связанные с ним; 2) конфиденциальные данные — сюда входят генетические и биометрические данные и информация о здоровье, принадлежности к касте или племени, пароли и т. д.; 3) важнейшие персональные данные — определения такие данные пока не получили, но их могут регистрировать центральные органы власти.

тельно переносимости данных в законопроекте говорится, что каждый гражданин Индии вправе потребовать от компании поделиться с ними подробной информацией о своих личных данных, которые были получены при использовании услуги или товара. Лица, чьи личные данные обрабатываются и хранятся в организации, будут иметь право получать эти данные в структурированном, повсеместно используемом и машиночитаемом формате (разд. 26).

Согласно законопроекту, любая передача персональных данных в третьи страны потребует оценки адекватного уровня защиты персональных данных, и трансграничная передача данных может быть реализована при наличии соответствующих стандартных условий в договоре (разд. 41). Законопроект также требует от компаний локализовать персональные данные: копия всех персональных данных, попадающих в сферу действия закона, должна храниться оператором персональных данных на территории Индии. Дополнительные копии могут храниться за пределами страны, однако правительство вправе сделать обязательным хранение определенных категорий только на территории Индии.

Проект закона о персональных данных также включает в себя различные виды наказания за нарушения его положений. Максимальный штраф составляет либо 5 крор (50 млн) индийских рупий, либо до 2% мирового оборота соответствующей компании в предыдущем году, в зависимости от того, какая сумма окажется больше. За более серьезные нарушения, такие как несоблюдение положений о трансграничной передаче данных или неполучение согласия пользователя, штрафы доходят до 15 крор (150 млн) индийских рупий или 4% от мирового оборота соответствующей компании в предыдущем финансовом году, в зависимости от того, какая сумма окажется больше (гл. XI).

В законодательстве **Китая** право на переносимость данных отсутствует. Тем не менее оно упоминается в «Спецификации по технологии информационной безопасности — защиты личной информации», опубликованной Национальным техническим комитетом по стандартизации информационной безопасности и вступившей в силу 01.05.2018⁹⁷. Данная спецификация не налагает обязательства ни на административные органы, ни на суды, но эти учреждения могут и должны ссылаться на спецификацию при предоставлении аргументации для конкретных решений. В спецификации указано, что «субъекты данных» имеют право переносить свои личные данные третьим лицам, если это технически осуществимо. Однако указанное право распространяется только на основные персональные данные, а также на личную информацию, касающуюся здоровья, физического состояния, образования и занятости. Спецификация также устанавливает 30-дневный срок, в течение которого организация обязана ответить на запрос о переносе данных. В принципе, операторы данных не должны взимать плату за такой запрос, однако им разрешается взимать определенную плату в случаях, связанных с повторными запросами в течение определенного периода. Они также обязаны предложить возможные альтернативные варианты, когда возникают трудности с перемещением данных. Это позволяет защитить законные права субъектов персональных данных. Однако, исходя из общественных интересов, операторы данных вправе также отклонить такой запрос.

В **ЮАР** Закон о защите личной информации (Protection of Personal Information Act, POPIA) был принят в ноябре 2013 г., но многие его основные положения еще

⁹⁷ Information Security Technology — Personal Information Security Specification. No. GB/T 35273-2017. 29 December 2017. URL: <https://www.chinesestandard.net/PDF.aspx/GBT35273-2017> (дата обращения: 15.02.2020).

не вступили в силу⁹⁸. Хотя закон и не действует полностью, он рассматривается в качестве кодификации позиции общего права в Южной Африке. Как только закон вступит в полную силу, он будет регулировать обработку личной информации, которую осуществляют как физические, так и юридические лица.

Закон предоставляет пользователям следующие права: право на получение информации о том, как будут использоваться их личные данные; право знать, хранятся ли личные данные у сборщика данных, и право запрашивать доступ к таким данным; право на исправление и уточнение личных данных; право ограничивать обработку данных; право давать свое предварительное согласие на получение рекламных сообщений (direct marketing).

Тем не менее право на переносимость данных в законе прямо не предусмотрено⁹⁹. Новый регулятор, возможно, примет решение о включении данного права в закон, основываясь на сходных положениях в телекоммуникационном законодательстве¹⁰⁰.

Трансграничная передача данных в рамках закона возможна при условии, что в стране, где будет обрабатываться информация или где находится получатель информации, персональные данные будут обрабатываться по правилам (предусмотренным законом или договором), которые аналогичны правилам Южно-Африканского закона.

Применение закона обеспечивается Регулятором по информации (Information Regulator), который в 2018 г. принял поправку к Закону о защите личной информации¹⁰¹. Как и GDPR, Закон ЮАП предусматривает назначение компаниями уполномоченного лица по защите данных, которое должно пройти регистрацию в Регуляторе по информации. Нарушение POPIA влечет за собой наложение штрафа в размере 10 млн южноафриканских рэндов и/или тюремное заключение сроком не более десяти лет, или, в качестве альтернативы, административный штраф.

* * *

Европейский регламент GDPR с его экстерриториальным характером задал высокую планку для защиты персональных данных. Среди прав, предоставляемых в соответствии с GDPR, есть право на переносимость данных, которое позволяет пользователям цифровых сервисов перемещать, копировать и/или передавать свои персональные данные с платформы на платформу.

Однако приведенные выше данные показывают, что как США, так и странам БРИКС все еще есть к чему стремиться в плане разработки национальных норм по защите персональных данных и их переносимости. За исключением некоторых отраслевых и государственных законов, США в этом отношении отстают от ЕС. В Бразилии, Индии и Китае право на переносимость данных было либо закреплено в законодательстве, либо предусмотрено в законопроекте или в соот-

⁹⁸ The Protection of Personal Information Act no. 4 of 2013 (POPI). URL: <https://www.saica.co.za/Technical/LegalandGovernance/Legislation/ProtectionofPersonalInformationAct/tabid/3335/language/en-ZA/Default.aspx> (дата обращения: 15.02.2020).

⁹⁹ См. подробнее: *Eloff D.* Unscrambling the General Data Protection Regulation // *Derebus*. 1 August 2018. URL: <http://www.derebus.org.za/unscrambling-the-general-data-protection-regulation> (дата обращения: 30.09.2020).

¹⁰⁰ Переносимость мобильного номера в телекоммуникационной отрасли была введена в 2006 г.

¹⁰¹ См. подробнее: *Regulations Relating to the Protection of Personal Information*. No. R. 1383, 14 December 2018. Department of Justice and Constitutional Development, Information Regulator. URL: https://www.michalsons.com/wp-content/uploads/2017/11/PoPI-Regulations-Final-14-Dec-2018-3-languages-42110_14-12.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

ветствующих стандартах. В то же время в России и ЮАР аналогичные законы это право не обеспечивают.

Хотя право на переносимость данных изначально не предназначалось для борьбы с монополиями и рыночной властью, оно оказывает значительное влияние на конкуренцию на цифровых рынках. Для многосторонних цифровых платформ характерны интенсивные сетевые и блокирующие эффекты. В среде, где предприятия конкурируют за рынок, а не *на* рынке, на условиях «победитель получает все» или «победитель получает большую часть», право на переносимость данных до некоторой степени ослабляет власть больших цифровых платформ. Важно отметить, что это право распространяется только на личные данные, а эффекты блокировки могут не ограничиваться только личными данными. Кроме того, следует помнить, что переносимость данных работает в обоих направлениях. По этой причине, поскольку обязанность обеспечивать право на переносимость данных равным образом распространяется на мелких, новых и потенциальных конкурентов больших платформ, таким конкурирующим компаниям придется разрабатывать свои продукты в формате, совместимом с форматом, который используется доминирующими игроками, и это затормозит инновации.

Таблица 2. Обзор национальных законодательств на предмет права переносимости данных и экстерриториальности

Страна / регион	Переносимость данных (да / нет)	Экстерриториальность (да / нет)	Действующее законодательство / регулирование
ЕС	Да	Да	Общий регламент по защите персональных данных
США	Да	Нет	Отраслевое регулирование: медицинский и финансовый секторы. Закон штата Калифорния о защите конфиденциальности потребителей
Бразилия	Да	Да	Закон о защите персональных данных
Россия	Нет	Нет	Федеральный закон о персональных данных. Право на переносимость данных явно не прописано
Индия	Да	Да	Проект Закона о защите личных данных
Китай	Да	Нет	Официально права на переносимость данных в законодательстве или нормативных актах. Китая нет, хотя оно упоминается в «Спецификации по технологии информационной безопасности — защиты личной информации», опубликованной Национальным техническим комитетом
ЮАР	Нет	Нет	Закон о защите личной информации. Явно выраженного права на переносимость данных нет

Источник: составлено авторами.

Переносимость данных является важным дополнением к законам о защите данных, а с учетом экстерриториального аспекта GDPR она становится стандартным правилом. Страны БРИКС, которые еще не установили данное право,

и те, которые уже сделали это, должны учитывать его влияние на правоприменение в области конкурентного права. Им необходимо понять, каковы его возможные преимущества и ограничения, чтобы реагировать на ситуацию на рынках, зависящих от коммерциализации персональных данных (см. табл. 2).

3. Данные, находящиеся в открытом доступе (Data Commons), или «клубы данных» (Data Clubs), и вопросы совместимости

Создание систем открытых данных по принципу Data Commons, безусловно, открывает новые возможности для выхода на рынки, связанные с данными, поэтому такие начинания следует поощрять, например обеспечивая распространение данных, собираемых государственными органами, как произошло в ЕС с директивами «О повторном использовании государственной информации»¹⁰² и «Об открытых данных»¹⁰³. Еще один вариант — содействовать развитию так называемых клубов данных, которые работают на открытой, неисключительной основе и в рамках которых различные компании могут создавать пулы данных и обмениваться данными, хотя подобные образования следует тщательно проверять, чтобы они не способствовали картельной деятельности.

В новой технологической среде связь и совместимость имеют основополагающее значение для экономического прогресса. Они позволяют людям получить доступ к совершенно новому миру возможностей, экономическому росту и потенциальному освобождению от традиционных рыночных отношений и социальной иерархии. И наоборот, неспособность цифровых объектов передавать или понимать, в том числе анализировать (*mine*)¹⁰⁴, данные друг друга ограничивает способность потребителей вносить вклад в поток информации о новых продуктах и/или услугах, подрывая тем самым основную характеристику интернета: развитие связанных с деятельностью пользователей инноваций на основе открытых и взаимосвязанных систем. В экономике, основанной на данных, сложно переоценить важность открытых технических стандартов. Общие технические и правовые протоколы, касающиеся взаимодействия и обработки данных, обеспечивают связь и переносимость, что, в свою очередь, может стимулировать инновации и развивать конкуренцию в рамках данной технологической парадигмы.

То, до какой степени подобные стандарты будут по-настоящему открытыми, может стать предметом конкуренции между различными видами бизнеса. Предоставление автоматического доступа разработчикам технологий скорее всего повлияет на способность поставщика технологий претендовать на доход от своих инноваций на рынке конечных потребителей. Неспособность получить деньги за свои инновации способно привести к тому, что важные игроки в отрасли не только откажутся прилагать усилия к установлению стандартов, но и начнут реализовывать стратегии, которые исключают возможность взаимодействия с технологиями

¹⁰² Directive 2013/37/UE amending Directive 2003/98/EC on the Re-Use of Public Sector Information, [2013] OJ L 175/1.

¹⁰³ Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Open Data and the Re-Use of Public Sector Information, [2019] OJ L 172/56.

¹⁰⁴ См. подробнее: *Triaille J.-P., d'Argenteuil J. Legal Framework of Text and Data Mining // European Commission Study, European Union, 2014. P. 17. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/074ddf78-01e9-4a1d-9895-65290705e2a5/language-en> (дата обращения: 15.02.2020). — Авторы исследования определяют «глубокий анализ данных» (*data mining*) как «автоматизированную обработку цифрового материала, который может включать в себя тексты, данные, звуки, изображения или иные элементы, а также комбинацию всего вышеперечисленного, с целью получить новое знание или идеи».*

конкурентов (горизонтальная совместимость), и не будут давать третьим сторонам использовать их технологии как базу для собственных разработок (вертикальная совместимость). Хотя эти стратегии не новы, право пока располагает лишь мерами, способными решать такие проблемы с технологической точки зрения. До сих пор законы регламентировали условия, при которых владелец технологии должен предоставлять доступ к плодам своего труда. Однако законодателям не удалось тем самым четко сформулировать, как закон относится к присвоению важной составляющей этого труда, а именно к данным о потреблении и к паутине нескладывающихся друг на друга прав, задействованных в разработке режима доступа к данным.

Совместимость можно определить как способность передавать и использовать полезные данные и другую информацию в различных системах, приложениях или компонентах. Комбинация передачи и анализа включает в себя несколько уровней так называемой модели взаимодействия открытых систем (Open Systems Interconnection, OSI)¹⁰⁵, совместимой с другими моделями¹⁰⁶. Как минимум, нужно уметь различать нижний и верхний уровни, которые указывают на разграничение между совместимостью инфраструктуры и совместимостью данных. Если первая позволяет устройствам интернета вещей (Internet of Things, IoT) обмениваться данными по общим сетевым протоколам, то вторая касается пользователей и разработчиков приложений IoT, позволяя им соединяться с интерфейсами этих приложений.

На нижнем уровне инфраструктуры функциональная совместимость достигается за счет использования общих протоколов, касающихся преобразования, идентификации и логической адресации данных, которые должны передаваться по сети. Наиболее распространенными стандартами на этом уровне являются Ethernet и TCP/IP. Протоколы также применяются для связи между компьютерными программами, использующими телекоммуникационное оборудование, через общие языки, такие как HTTP для веб-контента и SMTP, IMAP и POP3 для электронной почты¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Модель взаимодействия открытых систем (модель OSI) — концептуальная модель, определяющая унифицированный стандарт для архитектуры сетевых систем.

¹⁰⁶ Более конкретно, на разных уровнях требуются следующие виды совместимости:

- на физическом уровне: определение технических характеристик оборудования, преобразование локальных данных в биты, которые могут быть отправлены по сети, и фактическая передача этих данных по сети;
- на канальном уровне: установление функций, необходимых для определения логических связей между локальными устройствами в сети и управления такими связями, а также процедур, используемых устройствами для управления доступом к сетевой среде;
- на сетевом уровне: логическая адресация и маршрутизация данных по ряду взаимосвязанных сетей;
- на транспортном уровне: обеспечение возможности для различных программных приложений отправлять и получать данные, используя одну и ту же реализацию протокола нижнего уровня;
- на уровне сеанса: обеспечение постоянного логического связывания двух процессов приложения программного обеспечения, чтобы позволить им обмениваться данными в течение длительного времени;
- на уровне представления: сжатие, шифрование и перевод различных форматов данных;
- на уровне приложения: реализация функций, которые необходимы пользователям сети, и выдача соответствующих команд для использования услуг, предоставляемых нижними уровнями.

¹⁰⁷ См. об этом: *Rooijen A. V. The Software Interface between Copyright and Competition Law: A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs*. New York: Kluwer Law International, 2010. P. 14.

На верхнем уровне приложений (данных) функциональная совместимость достигается путем считывания и воспроизведения определенных частей компьютерных программ, называемых «интерфейсами», которые содержат информацию, необходимую для запуска программ в совместимом формате. Однако необходимы разные интерфейсы в зависимости от того, кто на самом деле запускает соответствующую программу. С точки зрения пользователя компьютерной программы, пользовательские интерфейсы позволяют визуализировать и вводить в действие определенный набор команд или режимов взаимодействия с программой, которые потенциально могут быть скопированы в другое (отличное от данного) приложение. Хотя такой вид взаимодействия увеличивает полезность программы для пользователя, для ее технического функционирования он не нужен. Действительно, большинство решений, касающихся пользовательских интерфейсов, продиктованы не столько функциональными элементами программ, сколько стремлением сделать их более удобными в использовании, эстетически привлекательными, а также желанием продвигать специфические для бренда функции.

С точки зрения разработчика компьютерной программы, «правильные» интерфейсы для взаимодействия — это интерфейсы прикладного программирования (Application Programming Interfaces, API), т. е. любые интерфейсы, которые определяют сервис, предоставляемый одним компонентом, модулем или приложением другим программным компонентам. В недавнем деле об объеме авторско-правовой защиты интерфейса окружной судья США установил разграничение между тремя категориями информации, предоставляемой этими интерфейсами, а именно: 1) строки объявления или заголовка метода; 2) наименования метода и класса; 3) шаблоны группирования методов¹⁰⁸. По сути, API содержат информацию, которая позволяет сторонним приложениям запускаться поверх существующих компьютерных программ без потери функциональности.

Однако совместимые интерфейсы API не обязательно означают, что пользователи или разработчики способны связать друг с другом результаты работы совместимых компьютерных программ, если только такие результаты не выражены на одном языке (чаще всего это формат JPEG — для изображений, HTML — для веб-страниц, PDF — для документов и MP3 — для музыки). Достигается это с помощью «интерфейсов данных», отвечающих за восстановление и извлечение данных в определенном формате. В отличие от API, для которых требуется конкретная информация о совместимости для подключения и выполнения совместимых программ, совместимость данных может быть получена также *ex post*, путем экспорта результатов работы программы и преобразования их в читаемый формат. Это будет иметь последствия для определения роли, которую должны играть регуляторы в стимулировании системной совместимости. Однако прежде чем делать такой вывод, необходимо оценить, насколько правовые нормы используются не для того, чтобы обеспечить совместимость, а для того, чтобы помешать ее достижению.

Очевидно, что интерфейсы на каждом из этих уровней выполняют разные функции¹⁰⁹. Кроме того, все они актуальны для развертывания и разработки, например, приложений интернета вещей. Однако механизмы, с помощью которых совместимость достигается или не допускается на одном уровне, могут значительно отличаться от механизмов, используемых на других уровнях. Поэтому было бы неправильно думать, будто принятие конкретных механизмов управления для

¹⁰⁸ Oracle Am., Inc. v. Google Inc., no. 3:10-cv-3561 (N. D. Cal. June 20, 2012), ECF No. 1211.

¹⁰⁹ Отметим еще одну категорию интерфейсов, о которой мы коротко говорили в описании взаимодействия нижнего уровня: так называемые интерфейсы связи, соединяющие верхний уровень с нижним уровнем через стандартные языки (HTTP, SMTP, IMAP и POP3).

достижения совместимости на одном уровне предполагает наличие эффективной совместимости во всей цепочке создания стоимости. Это особенно актуально для управления интернетом вещей, где масштаб потребительской стоимости зависит от различных форм взаимодействия, включая: связи между объектами (инфраструктурная совместимость), способность этих объектов считывать структуры данных и концепции друг друга (семантическая и синтаксическая совместимость), наличие у потребителей возможности переносить данные на другие технологические платформы (переносимость данных), способность передавать и использовать данные в различных системах так, чтобы это не влекло за собой юридической ответственности за доступ к таким данным и их обработку (правовая совместимость). Для достижения более полного понимания «эффективной» совместимости следует учитывать как юридические, так и технические ограничения.

Для того чтобы компьютерная программа могла взаимодействовать с другой программой, ее код должен содержать определенную информацию. Тем не менее ради ограничения конкуренции компании скрывают эту информацию от конкурентов, потребителей и потенциальных разработчиков. Аналогичным образом, компании стремятся защитить свою информацию с помощью прав ИС, чтобы помешать третьим лицам использовать информацию для работы своих компьютерных программ, или требовать вознаграждения в обмен за ее пользование. Информацию о совместимости допустимо защитить посредством патента, авторского права или торгового секрета.

Еще одним источником прав и обязанностей является законодательство о защите персональных данных, которое определяет правовые основы для извлечения и повторного использования информации, а также условия, связанные с таким использованием, и права субъекта персональных данных запрашивать и переносить такие данные. Данное законодательство можно проанализировать параллельно с отраслевыми правовыми режимами доступа к данным, а именно регулированием свободного оборота не персональных данных и регулированием открытых данных и повторного использования информации государственного сектора¹¹⁰. Что касается поощрения конкуренции на цифровых рынках, то повышение совместимости и, следовательно, поощрение конкуренции посредством состязательности на рынках лучше достигаются через инструментальный подход, сочетающий различные регуляторные режимы.

Можно также отметить, что использование термина «совместимость» сегодня не ограничивается сферой аппаратно-программного обеспечения и интерфейсами API. Уже есть предложения, касающиеся совместимости данных или форматов, с помощью которых платформы предоставляют данные. Институт Макса Планка опубликовал программное заявление о том, что совместимость форматов данных и стандартизация, вероятно всего, увеличат ценность данных¹¹¹.

Вопросы, связанные с совместимостью, несомненно, возникнут в контексте платформ для облачных вычислений. Ведущие платформы (Google, Apple и Microsoft) предлагают вертикально интегрированные сервисы для поддержки

¹¹⁰ См. подробнее: *Graef I., Husovec M., van den Boom J. Spill-Overs in Data Governance: The Relationship Between the GDPR's Right to Data Portability and EU Sector-Specific Data Access Regimes. TILEC Discussion Paper No. DP 2019-005 // SSRN. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3369509 (дата обращения: 30.09.2020); *Borgogno O., Colangelo G. Data Sharing and Interoperability: Fostering Innovation and Competition Through APIs // Computer and Security Law Review. 2019. Vol. 35, iss. 5. Art. 105314.**

¹¹¹ *Drexler J. et al. Data Ownership and Access to Data // Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Current European Debate. 2016. Research Paper No. 16-10. P. 40. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165 (дата обращения: 15.02.2020).*

инфраструктуры облачных вычислений. Добавление приложений способствует привязыванию пользователей к конкретной платформе¹¹². В этом контексте совместимость может варьироваться от принятия унифицированных облачных стандартов и архитектуры до принуждения к использованию общих интерфейсов¹¹³. Для антимонопольных органов важно определить, в какой момент необходимо их вмешательство. Совместимость дает максимальную выгоду на зрелых рынках. Предписание антимонопольного органа, касающееся совместимости, на ранней стадии развития рынка может привести к снижению инвестиций и стимулов к инновационной деятельности¹¹⁴.

Хотя разработчики приложений предпочли бы, чтобы между платформами была более высокая совместимость, сами платформы вынуждают их использовать дополнительные ресурсы для интеграции своих сервисов в пространство с особыми параметрами. Подобные усилия требуют дополнительных ресурсов, но в то же время дают дополнительные возможности для инноваций. Необходимость затрат также заставляет разработчиков приложений вносить свой вклад в дифференциацию каждой платформы. Поскольку облачные вычисления — это масштабируемая услуга, а хранение данных — услуга, которую может предоставлять кто угодно, увеличение разнообразия способно увеличить прибыль как для части клиентов, так и для самой платформы.

Тем не менее платформы стремятся повысить стоимость перехода на другую платформу и усилить эффект блокирования пользователей. Существующие антимонопольные инструменты служат руководством для правоприменения. Сначала следует оценить долю рынка, ведь входные барьеры не интересуют антимонопольные органы до тех пор, пока доля рынка не достигнет определенного порога. Разработчики приложений по-прежнему выйдут на потребителей, соблюдая условия, установленные системой. Основной антиконкурентный эффект в этом контексте связан с более высокими ценами, которые в конечном счете придется платить потребителям из-за отсутствия совместимости.

Выбор момента для вмешательства антимонопольного органа влияет как на перелом в концентрации рыночной власти (*tipping*), так и на конкуренцию между платформами в отношении инноваций. Момент перелома представляет собой точку невозврата в процессе конкуренции. Вмешательство после этой точки окажется безрезультатным, а затраты общества — в виде невозвратных издержек, материальных стимулов к инновациям и административных расходов — умножатся. Сторонники осторожного подхода считают, что лучше вмешаться раньше, чем позже. Сохранение доминирующей доли на сетевом рынке более года или двух лет исключит возможность конкуренции для других платформ. Разработчики приложений продолжают создавать новые алгоритмы для оценки информации, но потребители не выиграют от ценовой конкуренции, если на рынке главенствует только один поставщик облачных услуг. Стимул для написания алгоритмов возрастает, когда есть несколько потенциальных покупателей, и на рынке, на котором больше одного покупателя, будет работать больше приложений. Общество получает выгоду от большого количества приложений, тестирующих потребительский спрос, потому что реальные рыночные эксперименты всегда определяют благосостояние более точно, чем прогнозы стоимости услуги.

¹¹² См. подробнее: *Cave M., Hata K. Smart Devices, Fixed/Mobile Convergence and The Cloud: Some Medium-Term Regulatory Challenges // The Smart Revolution Towards the Sustainable Digital Society / ed. by H. Mitomo, H. Fuke and E. Bohlin. London: Edward Elgar, 2015. P. 209, 221.*

¹¹³ *Ibid.* P. 222.

¹¹⁴ *Ibid.* P. 221–222.

4. Саморегулирование и кодексы поведения на основе принципов конкурентного права

Многие из негативных последствий, возникающих вследствие ограничения внутрисистемной или вертикальной конкуренции, связаны с тем, как платформы управляют своими экосистемами. Поэтому прежде чем пытаться регулировать цифровые платформы либо с помощью законодательства о конкуренции, либо каким-либо иным способом, важно изучить возможность саморегулирования. Саморегулирование может осуществляться, например, путем разработки кодексов поведения или этических кодексов, контролировать соблюдение которых будет омбудсмен или специализированное цифровое подразделение национального антимонопольного органа. Такой подход был предложен в «Отчете группы экспертов по цифровой конкуренции», содержащем рекомендацию о взаимодействии подразделения цифровых рынков британского Управления по защите конкуренции и рынкам с бизнесом и заинтересованными сторонами для разработки кодекса поведения цифровых платформ на основе свода базовых принципов¹¹⁵. Согласно предложению, такой кодекс будет действовать в отношении цифровых платформ, обладающих «стратегическим рыночным статусом» (strategic market status). Антимонопольная служба Японии также выступила с предложением о разработке кодекса поведения¹¹⁶.

Европейский союз следует идее «совместного регулирования» в контексте Регламента, описывающего отношения бизнеса и платформ¹¹⁷. Данный Регламент распространяется на онлайн-платформы-посредники (online platform intermediaries) и общие поисковые системы (general online search engines), которые предоставляют свои услуги предприятиям, учрежденным в ЕС, и предлагают свои товары или услуги потребителям, находящимся в ЕС. Регламент включает онлайн-рекламу, платежные сервисы, поисковую оптимизацию, сервисы, которые соединяют аппаратное обеспечение и приложения, сервисы, которые не выступают посредниками в прямых транзакциях между бизнесом и потребителями, и посредников, которые работают только в бизнес-среде. Регламент требует, чтобы онлайн-платформы-посредники и поисковые системы соблюдали установленные обязательства (в том числе обязательства, касающиеся прозрачности и недискриминации), и поощряет добровольные дополнительные шаги.

Помимо этого, созданы посреднические онлайн-платформы для формирования внутренней системы обработки жалоб, которая позволит коммерческим организациям подавать жалобы непосредственно на платформу, например в результате действия или решения, принятых платформой или возникших в связи с технологической проблемой. Регламент требует от платформ надлежащим образом реагировать на жалобы и сообщать компаниям о результатах. Регламент также предусматривает, что организации и ассоциации, представляющие интересы бизнес-пользователей, должны принимать необходимые меры до того, как национальные суды примут решение о прекращении или запрете действий, нарушающих требования Регламента.

¹¹⁵ См. об этом: *Furman J. et al. Unlocking Digital Competition*. P. 138.

¹¹⁶ Improvement of Trading Environment Surrounding Digital Platforms // Interim Discussion Paper, 6-8. Japan Fair Trade Commission, 2018. URL: https://www.meti.go.jp/english/press/2018/pdf/1212_004b.pdf (дата обращения: 15.02.2020).

¹¹⁷ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services, (2019) OJ L 18657.

Регламент в целом опирается на гражданско-правовые иски и альтернативное разрешение споров. Это оправдано тем, что, в отличие от британского кодекса поведения, Регламент ЕС применим ко всем посредникам, связанным с платформами. Экономика онлайн-платформ в ЕС насчитывает около 7 тыс. онлайн-платформ или рыночных площадок, работающих на них; сюда входят и технологические гиганты, и совсем маленькие стартапы, и ни одно из положений Регламента не устанавливает каких-либо условий, касающихся влияния на рынке и/или стратегического положения платформы, хотя некоторые положения преамбулы Регламента ссылаются на то, что платформы занимают ассиметричную или доминирующую позицию, обладая большей рыночной властью¹¹⁸. Это показывает, что для законодателей ЕС данная правовая конструкция (базирующаяся как на внесудебном разрешении споров, так и на частых исках) служит дополнением к правоприменительной практике в сфере конкурентного права, которая, в свою очередь, сосредоточится на ситуациях, где причинен ущерб потребителям, конкуренции и публичным интересам в целом. Такое сочетание саморегулирования или совместного регулирования наряду с применением законодательства о конкуренции в ситуациях горизонтальной или вертикальной рыночной властью может оказаться более предпочтительным, в том числе для стран БРИКС.

5. Спроектированная конкуренция (competition by design)

Концепция «спроектированной», или «заранее просчитанной», конкуренции подразумевает проактивный подход, который компании могут использовать для решения проблем с конкуренцией на рынках, где на конкуренцию влияют алгоритмы. Данный подход заставляет программистов внедрять принципы конкурентного права при разработке своих алгоритмов. Понятие «спроектируемая конкуренция» восходит к п. 1 ст. 25 GDPR, в котором излагается понятие «спроектированная защита персональных данных» (data protection by design). Цель, лежащая в основе данной идеи, заключается в том, чтобы побудить компании прилагать максимальные усилия для соблюдения принципов конкуренции, но при этом не навязывать им какое-либо конкретное технологическое направление¹¹⁹.

В общем правовом контексте предприятиям потребуется преобразовать законодательные принципы или принципы общего права в простые правила кодирования¹²⁰. Кроме того, алгоритмы машинного обучения, вероятно, сумеют обнаружить закономерности в юридических решениях¹²¹. Поскольку роль алгоритмов в обществе становятся все более заметной, национальным антимонопольным органам, вероятно, придется обеспечивать цель максимизации общественного благосостояния в различных контекстах, например применительно к экономической деятельности поисковых алгоритмов. Компании вправе установить как минимум двухуровневый процесс проверки, в котором алгоритмы первоначально проверяют предложенные решения¹²². Другой метод, напрямую связанный с потреби-

¹¹⁸ См. подробнее: п. 2 и 23 преамбулы GDPR.

¹¹⁹ См. подробнее: Vezzoso S. Competition by design // Competition Law for the Digital Economy / eds B. Lundqvist, M. S. Gal. London: Edward Elgar, 2019. P. 117.

¹²⁰ См. об этом: Burk D. Algorithmic Fair Use // University of Chicago Law Review. 2017. Vol. 86. P. 304.

¹²¹ См. подробнее: Deng A. From the Dark Side to the Bright Side: Exploring Algorithmic Antitrust Compliance // NERA Economic Consulting Paper, 2019. P.9. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334164 (дата обращения: 15.02.2020).

¹²² См. об этом: Elkin-Koren N. Fair Use by Design // UCLA (University of California, Los Angeles) Law Review. 2017. Vol. 64. P. 1098–1099.

телями, может предусматривать отображение информации о том, каким образом доминирующая платформа выполняет требования законодательства в отношении определенных функций.

Спроектированная конкуренция имеет сильные и слабые стороны, а потому перспективы ее развития являются неопределенными. Слабость концепции связана с ее действенностью. Регулирование конкуренции может основываться на неточных контекстуальных требованиях и стандартах. Алгоритмы еще не обладают уровнем сложности, необходимым для определения того, как то или иное решение влияет на рынок¹²³. Предприятия, осуществляющие деятельность, которая не сводится к автоматизации, чаще подвергаются санкциям. Предприятия имеют разный уровень аппаратной оснащенности, и это, в свою очередь, влияет на их способность выполнять закодированные предписания законодательства о конкуренции. Эти различия способны создать барьеры для входа, увеличить предельные издержки и препятствовать распространению технологий¹²⁴. Вместе с тем спроектированная конкуренция позволит антимонопольным органам пресекать антиконкурентное поведение, например «молчаливый сговор» (*tacit collusion*), который раньше было крайне сложно идентифицировать¹²⁵.

Регуляторные технологии (*Regulation Technology*) усилят спроектированную конкуренцию. Эти технологии задействуют программное обеспечение, способное отслеживать информацию о регулировании в разных юрисдикциях, и измеряют воздействие на компанию любых изменений в регулировании, включая любые риски, касающиеся ее рентабельности. Регуляторные технологии уведомляют ответственных лиц в организациях и дают рекомендации в соответствии с новейшими тенденциями. Представим себе разработку регуляторных технологий в качестве инструмента для соблюдения законодательства. Суть действия такого инструмента заключается в том, что исполняемые алгоритмы, смарт-контракты и иные виды деятельности бизнеса, которые закодированы посредством алгоритмов регуляторных технологий и инструментов машинного обучения, разработанных антимонопольными органами (самостоятельно либо в сотрудничестве с внешними партнерами), подвергаются автоматическому скринингу на соответствие законодательству о защите конкуренции.

Подобные инициативы сначала можно опробовать в пилотных проектах, а если они будут успешными, то задействовать более широко в конкретных областях правоприменения и в отношении конкретных типов поведения, которые искусственный интеллект на его нынешнем уровне развития способен сравнительно точно и легко оценить. Этот процесс нельзя стопроцентно автоматизировать, все равно потребуются определенная степень участия человека, однако он поможет расширить текущие возможности антимонопольных органов. Все это также потенциально обеспечит более точную идентификацию антиконкурентного поведения, которое будет тщательно изучено специальными группами экспертов на следующем этапе.

Статья поступила в редакцию: 3 июля 2020 г.
Рекомендована в печать: 1 ноября 2020 г.

¹²³ См. подробнее: *Burk D.* Algorithmic Fair Use. P. 292.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ См. подробнее: *Deng A.* From the Dark Side to the Bright Side. P. 6, 9.

The scope of competition law in the digital economy

Ioannis Lianos, Nicolo Zingales, Andrew McLean, Azza Raslan, Matthew J. Strader

For citation: Lianos, Ioannis, Zingales, Nicolo, McLean, Andrew, Raslan, Azza, Strader, Matthew J. 2019. The scope of competition law in the digital economy. *Pravovedenie* 63 (4): 522–572. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2019.402> (In Russian)

The article reveals new problems arising in the digital economy and the need for antimonopoly regulation. It also analyzes the legal remedies and procedures for competition law in the context of digitalization. Redesigning competition law procedures for the digital economy can take two forms: 1) ensure the rate of competition law enforcement so as to avoid acting in situations when market tipping has already occurred and it is almost impossible to reverse the anticompetitive outcome; 2) develop remedial action that takes into account the scale of anticompetitive behavior, which might better reflect the complexity of digital markets. Competition authorities should consider utilizing interim measures and commitment decisions in the digital economy, both instruments playing a complementary role. Interim measures can be used within a revised framework with lower thresholds, but this should only be reserved for complicated and lengthy investigations where there is risk of irreversible harm to competition. These measures should be applied to the most harmful violations, such as cartels and abuse of dominance. Commitment decisions can be utilized to address less serious violations where it is also beneficial to the competition authority to reach a swift resolution. The article analyzes the division of companies as a way to eliminate violations. Division can take different forms and need not be structural. A certain 'light-touch' separation may be achieved by policies mandating that digital platforms not use personal data that has been harvested by the members of their ecosystems unless they have the explicit consent of their users. The article also addresses issues such as data portability and cross-platform compatibility. The authors have proved that the BRICS countries need to supplement their national legislation on the protection of personal data in terms of norms on their portability. Although it is not mainly designed as a tool to combat monopolies and market power, data portability will have a significant impact on competition in digital markets. Multi-sided digital platforms are characterized by a high network and lock-in effects. In a winner takes all, or most, where undertakings compete for the market rather than in the market, the right to data portability may provide some relief from the power that large digital platforms hold.

Keywords: digital economy, interim measures, commitment decisions, personal data, data portability, competition by design, BRICS countries.

References

- Andrade, Tito, Novis, Maria, Verissimo, Marcos. 2018. Brazil: Merger Control. *Global Competition Review*. Available at: <https://globalcompetitionreview.com/insight/the-antitrust-review-of-the-americas-2019/1173676/brazil-merger-control> (accessed: 30.09.2020).
- Borgogno, Oscar, Colangelo, Giuseppe. 2019. Data Sharing and Interoperability: Fostering Innovation and Competition Through APIs. *Computer and Security Law Review* 35 (5). <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.03.008>.
- Bresnahan, Timothy. 1999. New Modes of Competition: Implications for the Future Structure of the Computer Industry. *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace*. Eds Jeffrey Eisenach, Thomas M. Lenard: 155–208. London, Springer.
- Burk, Dan L. 2017. Algorithmic Fair Use. *University of Chicago Law Review* 86: 283–309.
- Burnside, Alec, Kidane, Adam. 2018. *Interim Measures: An Overview of EU and National Case Law*. *Concurrences* 86718. Available at: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/interim-measures/en/dominance/interim-measures-an-overview-of-eu-and-national-case-law> (accessed: 30.09.2020).
- Cave, Martin, Hatta, Keiko. 2015. Smart Devices, Fixed/Mobile Convergence and The Cloud: Some Medium-Term Regulatory Challenges. *The Smart Revolution Towards the Sustainable Digital Society*. Eds Mitomo, Hitoshi, Fuke, Hidenori, Bohlin, Erik: 209–224. London, Edward Elgar.

- Chander, Anupam, Kaminski, Margot E., McGeeveran, William. 2019. Catalysing Privacy Law. *University of Colorado Law Legal Studies Research* 19–25: 1–55. Available at: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2190> (accessed: 30.09.2020).
- Chisholm, Simon, Long, Sarah, Parker, Helen. 2019. Interim measures in the UK: lessons from the online auction services case. *The International In-house Counsel Journal* 12 (46): 1–16.
- Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre, Schweitzer, Heike. 2019. *Competition Policy for the Digital Era*. EU Commission Final Report. OPOCE.
- Deng, Ai. 2019. From the Dark Side to the Bright Side: Exploring Algorithmic Antitrust Compliance. NERA Economic Consulting Paper. 9. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334164 (accessed: 30.09.2020).
- Desai, Deven, Kroll, Joshua. 2018. Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law. *Harvard Journal of Law and Technology* 31 (1): 1–49.
- Determann, Lothar. 2019. Healthy Data Protection. *UC Hastings Research Paper*: 7–8. URL: <https://repository.law.umich.edu/mltr/vol26/iss2/3> (accessed: 30.09.2020).
- Drexl, Josef, Di Porto, Fabiana. 2015. *Competition Law as Regulation*. Massachusetts, Edward Elgar Publ.
- Drexl, Josef, Hilty, Reto M., Desauettes, Luc, Greiner, Franziska, Kim, Daria, Richter, Heiko, Surblyté, Gintarė, Wiedemann, Klaus. 2016. Data Ownership and Access to Data. *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Current European Debate* 40. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165 (accessed: 30.09.2020).
- Dunne, Niamh. 2015. *Competition law and Economic Regulation – Making and Managing Markets*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Elkin-Koren, Niva. 2017. Fair Use by Design. *UCLA (University of California, Los Angeles) Law Review* 64: 1098–1117.
- Eloff, Daniel. 2018. Unscrambling the General Data Protection Regulation. *Derebus*. Available at: <http://www.derebus.org.za/unscrambling-the-general-data-protection-regulation> (accessed: 30.09.2020).
- Elvy, Stacy-Ann. 2018. Commodifying Consumer Data in the Era of the Internet of Things. *Boston College Law Review* 59: 424–522.
- Furman, Jason, Coyle, Diane, Fletcher, Amelia, Marsden, Philip, McAuley, Derek. 2019. Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel: 1–150. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (accessed: 30.09.2020).
- Gans, Joshua. 2018. Enhancing Competition with Data and Identity Portability. *The Hamilton Project. Policy Proposal* 12: 1–28. Available at: https://www.hamiltonproject.org/assets/files/Gans_20180611.pdf (accessed: 30.09.2020).
- Gata, João E. 2019. *Controlling Algorithmic Collusion: Short Review of the Literature, Undecidability and Alternative Approaches*. REM Working Paper 077-2019: 1–20. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334889 (accessed: 30.09.2020).
- Goldman, Eric. 2019. *An Introduction to the California Consumer Privacy Act (CCPA)*. Santa Clara University Legal Studies Research Paper. Available at: <https://northerndistrictpracticeprogram.org/wp-content/uploads/2018/09/Intro-to-CCPA.pdf> (accessed: 15.02.2020).
- Graef, Inge, Husovec, Martin, van den Boom, Jasper. 2019. Spill-Overs in Data Governance: The Relationship Between the GDPR’s Right to Data Portability and EU Sector-Specific Data Access Regimes. TILEC Discussion Paper No. DP 2019-005. SSRN. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3369509 (accessed: 30.09.2020).
- Harrington, Joseph. 2018. Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agents. *Journal of Competition Law and Economics* 14 (3): 331–363.
- Khan, Lina M. 2019. The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review* 119: 980–1081.
- Kroll, Joshua A., Huey, Joanna, Barocas, Solon, Felten, Edward W., Reidenberg, Joel R., Robinson, David G., Yu, Harlan. 2017. Accountable Algorithms. *University of Pennsylvania Law Review* 165: 633–705.
- Lopez Giron, Ali, Vialle, Pierre. 2017. Preliminary analysis of mergers and acquisitions by Microsoft from 1992 to 2016: a resource and competence perspective. *28th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS): “Competition and Regulation in*

- the Information Age*". Passau, Germany, July 30 – August 2, 2017. Available at: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/169462/1/Giron-Vialle.pdf> (accessed: 30.09.2020).
- Marsden, Philip, Wallis Spencer, Fabbio, Philipp. 2013. Antitrust Marathon V: When In Rome Public And Private Enforcement of Competition Law. *European Competition Journal* 9 (3): 503–622.
- Munyai, Phumudzo. 2011. Interim Relief Jurisprudence in South African Competition Law: A Critical Review of The Competition Tribunal's Approach. *SA Mercantile Law Journal* 23 (3): 432–447.
- Rooijen, Ashwin. 2010. *The Software Interface between Copyright and Competition Law: A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs*. New York, Kluwer Law International.
- Toplensky, Rochelle. 2019. Vestager Revives Dormant Antitrust Weapon Against Tech Groups. *Financial Times*. Available at: <https://www.ft.com/content/d2796956-981b-11e9-8cfb-30c211d-cd229> (accessed: 30.09.2020).
- Triaille, Jean-Paul, D'Argenteuil, Jérôme. 2014. Legal Framework of Text and Data Mining. *European Commission Study* 17: 1–122. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/074ddf78-01e9-4a1d-9895-65290705e2a5/language-en> (accessed: 30.09.2020).
- Tsukanov, Igor. 2012. VimpelCom appealed the interim measures imposed by the FAS. *Vedomosti*. Available at: https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2012/06/09/kontrmery_vy-mpelkoma (accessed: 30.09.2020). (In Russian)
- Vezzoso, Simonetta. 2019. Competition by design. *Competition Law for the Digital Economy*. Eds Björn Lundqvist, Michal S. Gal: 93–121. London, Edward Elgar.
- Watzinger, Martin, Fackler, Thomas A., Nagler, Markus, Schnitzer, Monika. 2020. How Antitrust Enforcement Can Spur Innovation: Bell Labs and the 1956 Consent Decree. *American Economic Journal: Economic Policy* 12 (4): 328–359.

Received: July 3, 2020

Accepted: November 1, 2020

Ioannis Lianos — Dr. Sci. in Law, Chief Research Fellow, HSE-Skolkovo Institute for Law and Development, 11, Pokrovsky bul., Moscow, 109028, Russian Federation; University College London, G5141, Bentham House Endsleigh Gardens, London, WC1H, United Kingdom; i.lianos@ucl.ac.uk

Nicolo Zingales — PhD in International Law and Economics, Associate Professor, University of Leeds, 9JT, Woodhouse, Leeds, LS2, United Kingdom; n.zingales@leeds.ac.uk

Andrew McLean — Researcher, The University College London Centre for Law, Economics and Society, 6BT, Gower st., Bloomsbury, London, WC1E, United Kingdom; andrew.mclean@ucl.ac.uk

Azza Raslan — PhD, The University College London Centre for Law, Economics and Society, 6BT, Gower st., Bloomsbury, London, WC1E, United Kingdom; azza.raslan.10@alumni.ucl.ac.uk

Matthew J. Strader — PhD in Monopolization Law, The University College London Centre for Law, Economics and Society, 6BT, Gower st., Bloomsbury, London, WC1E, United Kingdom; jay.matthew.strader@gmail.com