



ПОЗДНЯКОВА
АННА
ЭДУАРДОВНА

научный сотрудник
Института права и
развития ВШЭ —
Сколково, кандидат
политических наук

КОТОВА
ДАРЬЯ
АЛЕКСАНДРОВНА

младший научный
сотрудник Института
права и развития
ВШЭ — Сколково, *LLM*
(*University of Arkansas,*
Fayetteville)

СЕМЕНОВА
ЕКАТЕРИНА
ВАДИМОВНА

эксперт
Антимонопольного
центра БРИКС Института
права и развития
ВШЭ — Сколково,
магистр частного права
(РШЧП)

ВОПРОСЫ КОНКУРЕНЦИИ НА РЫНКЕ СОЦИАЛЬНЫХ СЕТЕЙ

Социальные сети — неоднородный, но динамически развивающийся рынок. Бизнес-модель большинства из них построена вокруг персональных данных. Авторы показывают, как меняются границы современного антимонопольного права: в эпоху, когда персональные данные пользователей стали товаром, защита пользователей от антиконкурентных практик со стороны социальных сетей включается в антимонопольную повестку. Первая часть статьи посвящена защите персональных данных и личной жизни пользователей, права на которую могут быть нарушены в результате злоупотреблений рыночной властью со стороны доминирующих социальных сетей. Сделан вывод, что защита личной жизни пользователей и автономия их воли имеют приоритет по отношению к интересам социальных сетей. Во второй части статьи рассматриваются важнейшие сделки слияния на рынке социальных сетей, такие как *Facebook/WhatsApp*, *Facebook/Instagram* и *Microsoft/LinkedIn*, поскольку именно они стали катализатором изменений антимонопольного законодательства в ряде зарубежных юрисдикций. Сделано заключение, что слияния на рынке социальных сетей должны рассматриваться антимонопольными органами в особом ключе и с применением подходов, отличных от тех, что применяются к сделкам экономической концентрации на традиционных рынках.

Ключевые слова: социальные сети, антимонопольные ограничения, защита персональных данных

1. Введение

В настоящее время социальные сети представляют собой неоднородный, но динамически развивающийся рынок, включающий классические социальные сети (*Facebook*, *LinkedIn*), видеохостинги (*YouTube*), площадки для онлайн-знакомств (*Tinder*, *match.com*), сервисы по обмену мгновенными сообщениями (*WhatsApp*, *Telegram*). Несмотря на то, что данные платформы довольно разные, они обла-



ANNA E. POZDNYAKOVA

Research Fellow at HSE —
Skolkovo Institute for Law
and Development, PhD in
Politics

DARYA A. KOTOVA

Junior Research Fellow at
HSE — Skolkovo Institute
for Law and Development,
LLM (University of
Arkansas, Fayetteville)

EKATERINA V. SEMENOVA

Expert at BRICS
Antimonopoly Centre,
HSE — Skolkovo Institute
for Law and Development,
Master of Law

COMPETITION ON THE SOCIAL NETWORK MARKET

Social networks are a heterogeneous yet dynamic market. Their business model is mostly built around personal data. The authors show how the boundaries of modern antitrust law are changing: personal data is now a commodity and protecting users against anti-competitive practices is part of the antitrust agenda. The first part of the article is devoted to the protection of users' personal data and personal life, which rights may be violated through abuse of dominance on the social network market. It concludes that protecting users' personal life and autonomy prevails over the interests of social networks. The second part deals with the most important mergers on the social network market, such as Facebook/WhatsApp, Facebook/Instagram and Microsoft/LinkedIn, as they have become a catalyst for change in antitrust laws in a number of foreign jurisdictions. This part concludes that mergers on the social media market should be treated by competition authorities with specific approaches different from those applied to concentrations on traditional markets.

Keywords: social networks, antitrust restrictions, personal data protection

дают общими свойствами. Например, все социальные сети содержат контент, генерируемый самими пользователями, а конкуренция между платформами идет за время, проведенное на них¹.

Пользователи социальных сетей часто удивляются: как компании могут генерировать столь высокие прибыли, если пользователи не платят за услуги, предоставляемые социальными сетями? С 1970-х гг.

¹ Dutch-Brown N. JRC Digital Economy Working Paper: 2017-04. The Competitive Landscape of Online Platforms. European

Commission, 2017. URL: <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc106299.pdf> (дата обращения: 21.02.2020).

существует крылатое выражение, которое дает очень точный ответ на этот вопрос: «Если вы не платите за продукт ни цента, вы и есть продукт».

Бизнес-модель большинства крупных социальных сетей построена вокруг персональных данных. Аккумулирование личной, крайне чувствительной информации о пользователе и стимулирование пользователя к непрерывному раскрытию актуальных сведений о себе составляет основу функционирования социальных сетей².

Какую роль играет здесь антимонопольное право? В эпоху, когда персональные данные пользователей стали товаром, границы антимонопольного права расширяются, включая в антимонопольную повестку защиту пользователей от антиконкурентных практик со стороны социальных сетей³.

Защита конкуренции при обращении с персональными данными пользователей максимально проявляет «человеческое измерение» антимонопольного права.

В век цифровизации антимонопольное право, помимо традиционной направленности на защиту имущественных интересов потребителей, приобрело новую важную роль — защитить нематериальные интересы пользователей.

Последние стали уязвимыми в результате того, что социальные сети, выступая сильной стороной во взаимоотношениях с пользователями, могут злоупо-

треблять своим положением при определении в пользовательском соглашении условий использования персональных данных.

Первая часть статьи посвящена этой новой и во многом социальной роли антимонопольного права — защите персональных данных и личной жизни пользователей, соответствующие права которых могут быть нарушены в результате злоупотреблений рыночной властью со стороны доминирующих социальных сетей. На примере революционного решения Федерального ведомства по картелям Германии мы покажем, что конституционные гарантии прав человека не должны нарушаться монополистом (в данном случае *Facebook*), диктующим условия договора для пользователя, находящегося в более слабом положении. Сделан вывод о том, что защита личной жизни пользователей и автономия воли пользователей имеют приоритет по отношению к интересам социальных сетей.

Навязывание невыгодных договорных условий сбора и обработки персональных данных обусловлено утилитарной целью — стремлением накопить большие массивы данных о пользователях, что дает огромное конкурентное преимущество и в конечном итоге усиливает рыночную власть социальной сети⁴.

Сделки слияния социальных сетей — стратегия наращивания рыночной власти за счет аккумулирования Больших пользовательских данных. Поэтому во второй части статьи мы рассматриваем важнейшие сделки слияния на рынке социальных сетей, такие как *Facebook/WhatsApp* и *Facebook/Instagram*, поскольку именно они стали катализатором изменений антимонопольного законодательства в ряде зарубежных юрисдикций.

Социальные сети — квинтэссенция отличительных признаков цифровых платформ. Ориентируясь на характерные признаки социальных сетей, такие как сетевые эффекты, «бесплатные» сервисы в обмен на пользовательские данные, регуляторы (напри-

² Martos C.M. The transformation of intimacy and privacy through social networking sites. URL: https://www.researchgate.net/publication/303975090_The_Transformation_of_Intimacy_and_Privacy_through_Social_Networking_Sites/link/576134a708ae2b8d20ed338c/download (дата обращения: 21.02.2020).

³ Джозеф Стиглиц акцентирует внимание на новом риске — риске использования компаниями своей рыночной власти для того, чтобы побудить пользователей дать согласие на максимальное использование персональных данных. То есть, по сути, речь идет о риске отказа пользователей от неприкосновенности частной жизни в результате манипулирования компаниями своей властью над пользователями. Стиглиц подчеркивает, что этот риск — удел антимонопольного права, так как навязывание невыгодных условий договора является следствием злоупотребления рыночной властью со стороны цифровых монополистов (*Stiglitz J.E. Towards a Broader View of Competition Policy*. P. 8–9. URL: <https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Towards%20a%20Broader%20View%20of%20Competition%20Policy.pdf>; дата обращения: 21.02.2020).

⁴ См.: Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции / под ред. А.Ю. Цариковского, А.Ю. Иванова, Е.А. Войниканис. М., 2019. С. 44–48, 84–88.



мер, в Германии и Австрии) начали адаптировать инструменты антимонопольного контроля к реалиям цифровой эпохи. Прежде всего речь идет об оценке сделок экономической концентрации, для которой стало необходимым учитывать влияние на состояние конкуренции новых явлений — сетевых эффектов и аккумулирования наборов данных⁵.

Мы приходим к выводу, что сделки слияния социальных сетей должны рассматриваться антимонопольными органами в особом ключе и с применением подходов, отличных от тех, что применяются к сделкам экономической концентрации на традиционных рынках.

Социальные сети популярны и в России. Поэтому данное исследование актуально и важно, особенно на фоне того, что в России до сих пор не принятые поправки в Закон о защите конкуренции⁶, которые бы модернизировали инструментарий антимонопольных органов, используемый для оценки состояния конкуренции на рынке цифровых платформ, включая социальные сети.

2. Решение Федерального ведомства по картелям в отношении компании *Facebook*

Первую попытку привлечения к ответственности социальной сети сделал Федеральный офис по картелям Германии, выпустив в 2019 г. прецедентное решение в отношении американской социальной сети *Facebook*, которая, по оценкам ведомства, занимает 90% национального рынка социальных сетей.

Как отмечает немецкое конкурентное ведомство, антиконкурентные практики *Facebook* лежат в плоскости установления несправедливых условий договора с пользователями. В частности, речь идет о сборе и данных пользователей от дочерних компаний *Facebook*, таких как *WhatsApp* и *Instagram*, а также третьих лиц

⁵ Там же. С. 96–98. О необходимости оценивать эффекты, которые окажет объединение массивов Большых данных компаний на состояние конкуренции на рынке, см. также: Иванов А.Ю. Контроль монополизации в условиях цифровой экономики: первая часть дискуссии о пятом антимонопольном пакете // Закон. 2018. № 2. С. 113.

⁶ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

(например, новостных сайтов) и дальнейшем использовании таких данных.

Причиной анализа отношений между *Facebook* и третьими сторонами послужила практика компании по сбору данных пользователей тех порталов, которые разместили у себя на странице кнопки *Like* и *Facebook Login*. Установлено, что *Facebook* собирал данные, даже если пользователи не нажимали эти кнопки⁷. Кроме того, данные пользователей могли быть переданы *Facebook*, даже если страница не была связана с социальной сетью и на ней не отражались никакие значки компании вроде *Like* или *Share*, но владелец интернет-портала использовал инструменты анализа, разработанные *Facebook*, например *Facebook Analytics*.

Таким образом, *Facebook* может собирать практически неограниченное количество данных пользователей, как персональных, так и сведений об устройствах, с которых пользователи заходят в Интернет, без их ведома и согласия. Обладая таким обширным набором Большых данных, компания имела возможность выстраивать очень точные портреты своих пользователей и точно знала, что пользователи делают онлайн. Данные практики были признаны нарушением не только национальных законов о защите данных, но и Директивы ЕС о защите данных⁸.

Решение Федерального офиса по картелям, будучи важным прецедентом по привлечению к ответственности социальной сети, представляет собой также детальное описание явлений, происходящих на цифровых рынках. Внимательный разбор решения позволяет выделить ключевые признаки, характеризующие антиконкурентную деятельность крупнейших социальных сетей.

2.1. Отдельный рынок для социальных сетей

Определяющим для анализа такой антиконкурентной деятельности является правильное выделение товарного рынка: в решении по делу *Facebook* Федеральный офис по картелям указал на существование

⁷ FCO. Hintergrundinformationen Facebook-Verfahren (No. 5). § 4.

⁸ EU General Data Protection Regulation. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (дата обращения: 21.02.2020).

отдельного рынка социальных сетей (*social networks*), который по своим уникальным характеристикам отличается от остальных средств социального общения (*social media*)⁹. Анализ функциональности, характеристик и участников рынка, проведенный Федеральным офисом по картелям, позволил установить, что *Facebook* является единственным крупным игроком рынка социальных сетей в Германии, наравне с более мелкими немецкими платформами, что стало еще более очевидным после закрытия сети *Google+*. Схожие сервисы вроде *Twitter*, *YouTube* и *Snapchat*, по мнению антимонопольного ведомства, могут считаться только субститутами, а сети *LinkedIn*, *Xing* и мессенджер *WhatsApp* за счет своих характеристик вообще выделяются в отдельные рынки. Проведенное Федеральным картельным офисом исследование характеристик различных цифровых сервисов и анализ их посещаемости в сравнении с *Facebook* позволили выделить отдельный рынок, где *Facebook* несомненно доминирует.

Здесь стоит оговорить, что для такого разделения социальных сетей необходимо принять в качестве стандарта более или менее четкое определение того, что такая социальная сеть. В частности, в решении Федерального офиса по картелям приведены несколько базовых определений и отмечено, что для социальных сетей характерны коммуникация между пользователями и интерактивность¹⁰. Интересно, что в недавнем немецком законе о борьбе с фейковой информацией в социальных сетях акцент сделан на получении прибыли и на публичности контента, размещаемого пользователями¹¹. Впрочем, монетизация в целом бесплатного для пользователей сервиса за счет рекламы скрупулезно проанализирована и в решении Федерального офиса по картелям¹².

⁹ 6th Decision Division, Decision under Section 32 (1) German Competition Act (GWB). § 230. URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publication-File&v=5 (дата обращения: 21.02.2020) (далее — решение Федерального офиса по картелям).

¹⁰ Решение Федерального офиса по картелям. § 168–169.

¹¹ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken // Federal Law Gazette I, p. 3352 ff. Valid as from 1 October 2017. Art. 1. См. также: Digital Era Competition: A BRICS View. Report by the BRICS Competition Law and Policy Centre / ed. by A. Ivanov, I. Lianos. HSE, 2019. P. 1267–1268.

¹² См., напр.: § 238–244 решения Федерального офиса по картелям.

2.2. Сетевые эффекты и *winner takes all*

Абсолютно критичными для доминирования *Facebook* на рынке социальных сетей стали сетевые эффекты, генерируемые за счет особой функциональности, предлагаемой платформой, а также вызванная ими монополизация рынка, так называемый *market tipping*, который приводит к постепенному уходу с рынка оставшихся конкурентов¹³. Прямые сетевые эффекты, которые завязаны на увеличении числа пользователей, ведут к росту полезности для пользовательских групп, поскольку социальная сеть выполняет свое прямое коммуникативное назначение. В связи с этим в решении Федерального офиса по картелям отмечено, что такие сетевые эффекты в первую очередь привязаны к пользовательской идентичности — пользователям важно, чтобы той же социальной сетью пользовались определенные люди, — а во вторую очередь определяются числом пользователей в целом.

Поскольку *Facebook* предлагает свое цифровое пространство и данные, которые генерируются пользовательской активностью, рекламодателям, то непрямые сетевые эффекты, возникающие между увеличением числа пользователей и увеличением объемов рекламы, являются позитивным последствием для рекламодателей¹⁴.

Такой механизм работы социальных сетей не только обеспечивает постоянное взаимодействие между различными сторонами рынка — пользователями и рекламодателями, — но и представляет собой значительный барьер для входа на рынок¹⁵. Этот процесс поясняется в решении Федерального офиса по картелям следующим образом: при, по сути, экспоненциальном увеличении размера социальной сети за счет прямых сетевых эффектов пользователи в какой-то момент начнут присоединяться к самой большой сети, тем самым не оставляя конкурентам никакого пользовательского ресурса¹⁶. Соответственно, социальные сети-конкуренты постепенно будут выходить с рынка, который окончательно склонится в сторону одного монополиста (классическая ситуация *winner takes all*). Именно из-за разрушительного влияния сетевых эффектов

¹³ Решение Федерального офиса по картелям. § 403.

¹⁴ Там же. § 220.

¹⁵ Там же. § 426.

¹⁶ Там же. § 424.



новым конкурентам необходимо быстро достичь критической массы пользователей, чтобы удержаться на рынке и самим запустить процесс создания сетевых эффектов.

2.3. *Multi-homing* и барьер для переключения между социальными сетями

Помимо вытеснения с рынка конкурентов, сетевые эффекты влияют и на возможность пользователей свободно пользоваться несколькими конкурентными сервисами — такое использование должно быть параллельным (*multi-homing*)¹⁷, а это, очевидно, невозможно на рынке, где исключены все конкуренты. Тем более что параллельное использование нескольких сервисов, наоборот, противодействует негативному влиянию сетевых эффектов, предохраняя рынок от монополизации¹⁸.

Отсутствие на рынке конкурентов является не единственным препятствием (*lock-in*) для переключения пользователей между социальными сетями. В решении Федерального офиса по картелям также указано на техническую несовместимость социальных сетей: сети кастомизированы, представляют собой индивидуализированное цифровое пространство, что усложняет перенос цифровой личности пользователя из одной сети в другую¹⁹ и создает лимит на трансфер набора данных пользователя между социальными сетями²⁰.

2.4. Персональные данные как ресурс монополизации

Революционность решения Федерального офиса по картелям заключается в признании персональных данных, генерируемых пользователями, важнейшим конкурентным преимуществом *Facebook*. Потоки данных, которые *Facebook* получает непосредственно от своих пользователей, пользователей сервисов, которыми владеет компания, а также от сторонних приложений через плагины, могут быть использованы для дальнейшего персонализированного развития предлагаемых ею сервисов. Богатым ресурсом такие

данные являются и для рекламодателей, которым *Facebook* предоставляет возможность таргетирования определенных пользователей.

Интересен подход Федерального офиса по картелям к роли персональных данных в монополии *Facebook*. Регулятор рассматривал сбор и обработку персональных данных и злоупотребляющие слабой позицией пользователя условия использования социальной сети в первую очередь через совмещение законодательства о персональных данных и антимонопольного законодательства (соотношению двух этих отраслей посвящена отдельная часть решения²¹). Такой подход является важным аргументом в поддержку возможности совмещения антимонопольного законодательства с другими отраслями права (например, правом интеллектуальной собственности) для создания более комплексной модели регулирования рынков, больше подходящей для индустрии 4.0.

В целом же именно часть решения Федерального офиса по картелям, посвященная нарушениям национального и европейского (*GDPR*) законодательства о персональных данных, является ключевой для «человеческого измерения» социальных сетей. Конституционные гарантии прав человека не должны нарушаться в случае, когда одной из сторон договора (в данном контексте — *Facebook*) является монополист, чья рыночная власть позволяет диктовать условия договора более слабой стороне (пользователю), тем самым ущемляя ее контрактную автономию²². В связи с этим важнейшим выводом из решения Федерального офиса по картелям является прямое указание на то, что интересы пользователей в защите их личной жизни и автономии более приоритетны по сравнению с теми интересами *Facebook* и третьих лиц, для обеспечения которых вообще не обязательно проводить обработку данных в таких объемах, как это делается сейчас²³.

По итогам рассмотрения дела Федеральный офис по картелям Германии предписал *Facebook* использовать следующую практику в договорах с пользователями: сбор и использование данных *WhatsApp*, *Oculus*, *Masquerade*, *Instagram*, а также третьих лиц, использую-

¹⁷ Digital Era Competition: A BRICS View. P. 1268–1269.

¹⁸ Решение Федерального офиса по картелям. § 454.

¹⁹ Там же. § 461.

²⁰ Там же. § 469.

²¹ Там же. § 535–543.

²² Там же. § 527.

²³ См., напр.: § 836 решения Федерального офиса по картелям.

щих *Facebook Business Tools*, комбинация таких данных с данными, полученными социальной сетью *Facebook*, должны происходить только с согласия пользователя.

Тем не менее позиция Федерального офиса по картелям не нашла поддержки у Высшего регионального суда Дюссельдорфа, который в августе 2019 г. отменил рассматриваемое решение. Суд отметил, что антимонопольному ведомству не удалось доказать причинение ущерба конкуренции, что необходимо для признания факта нарушения антимонопольного законодательства²⁴. В решении Федерального офиса по картелям не рассмотрена модель рынка при идеальной конкуренции, а это не позволяет утверждать, что условия использования, предлагаемые *Facebook*, отличались бы от условий, предлагаемых любой другой компанией-конкурентом²⁵. Более того, *Facebook* уже требует согласие пользователей на обработку данных, однако нет доказательств, что такое согласие пользователь дает вследствие принуждения или слабости своей позиции²⁶.

В настоящее время разбирательство по делу *Facebook* идет в Федеральном суде юстиции — высшей судебной инстанции Германии, куда подал апелляцию Федеральный офис по картелям. Глава офиса А. Мундт заявил, что, по его мнению, немецкое антимонопольное законодательство позволяет регулятору привлечь *Facebook* к ответственности²⁷.

Несмотря на то, что к настоящему моменту компания *Facebook* не приступила к исполнению предписания Федерального офиса по картелям Германии, поскольку формально оно считается отмененным судом, дело против нее стало первым делом в Европе, когда злоупотребление доминирующим положением цифровой платформы доказывалось через нарушение прав о защите персональных данных.

²⁴ Colangelo G. Facebook and the Bundeskartellamt's Winter of Discontent. URL: <https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-and-bundeskartellamts-winter-of-discontent/> (дата обращения: 21.02.2020).

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Nasr J. German cartel office to take Facebook case to High Court // Reuters. 2019. 26 Aug. URL: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-germany/german-cartel-office-to-take-facebook-case-to-high-court-idUSKCN1VG1AJ> (дата обращения: 21.02.2020).

Такое развитие практики антимонопольного ведомства поддерживается и планируемыми изменениями в антимонопольном законодательстве Германии, и национальной Стратегией цифрового развития, которая прямо указывает на человеческое измерение политики в области регулирования цифровизации. Так, Стратегия ставит своей целью улучшение в первую очередь жизни граждан: «С переходом на цифровизацию жизнь всех граждан должна стать лучше. Мы хотим сохранить единство нашего государства, обеспечить его развитие и исполнить наш долг перед Европой и миром»²⁸.

Что до более технических моментов, то сейчас в Германии рассматривается внесение изменений в антимонопольный закон, которые среди прочего предлагают классифицировать конкурентный доступ к данным и препятствовать совместимости продуктов и переносимости данных как злоупотребление доминирующим положением²⁹. Удивительно, но именно на эти обстоятельства и указывал Федеральный офис по картелям в своем решении.

3. Слияния на рынке социальных сетей

В 2012 г., когда цифровой гигант *Facebook* покупал небольшую неприбыльную социальную сеть по размещению ретрофотографий *Instagram*, эксперты задавались вопросом: зачем всемирно известная социальная сеть тратит огромные на тот момент деньги, а именно 1 млрд долл., на маленький цифровой стартап? Версии звучали самые разные: от желания приобрести компанию, пока ее не купили конкуренты, например *Google*, до обычательского «просто они могут себе это позволить»³⁰. Подобные вопросы возникали и когда *Facebook* объявил о покупке мессенджера *WhatsApp*

²⁸ Стратегия цифрового развития ФРГ. URL: <https://ild.hse.ru/news/321761779.html> (дата обращения: 15.01.2020).

²⁹ Проект 10-го Закона о внесении изменений в Закон о противодействии ограничениям конкуренции (*GWB, Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) для фокусированного, проактивного и цифрового конкурентного права 4.0. Краткое наименование законопроекта — Закон о цифровизации *GWB*. См.: <https://ild.hse.ru/news/321761779.html> (дата обращения: 21.02.2020).

³⁰ Hill K. 10 Reasons Why Facebook Bought Instagram // Forbes. 2012. 11 April. URL: <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/04/11/ten-reasons-why-facebook-bought-instagram/> (дата обращения: 21.02.2020).



в 2014 г. Другим примером слияния на рынке социальных сетей является приобретение в 2016 г. корпорацией *Microsoft* профессиональной социальной сети *LinkedIn*.

Сегодня становится очевидным, что крупные социальные сети покупают подающие надежду стартапы не только ради удачного инвестирования. Слияния на рынке социальных сетей позволяют им нарастить рыночную силу посредством соединения своих наборов Больших данных с данными, которыми обладают популярные компании.

Наращивание Больших данных имеет принципиальное значение для усиления рыночной власти социальных сетей³¹. Учитывая данную особенность слияний на рынке социальных сетей, они должны рассматриваться антимонопольными органами в особом ключе и с применением подходов, отличных от тех, что применяются к сделкам экономической концентрации на традиционных рынках.

Впервые вопросы Больших данных были подняты Европейской комиссией в рамках рассмотрения сделки *Facebook/WhatsApp*. Здесь анализировалось стремление *Facebook* нарастить свой набор Больших данных через интеграцию с наборами данных *WhatsApp*. *Facebook* отрицала, что она покупает мессенджер из-за технической возможности слияния баз данных двух цифровых компаний, и, более того, утверждала, что такое слияние данных технически неосуществимо. Данное заявление продемонстрировало отсутствие какого-либо глубокого анализа данной сделки с точки зрения соблюдения прав о персональных данных.

В итоге Европейская комиссия заключила, что сделка *Facebook/WhatsApp* не представляет угрозу для потребителей, поскольку цена переключения с одного мессенджера на другой крайне низка (многие мессенджеры предоставляются бесплатно)³². Помимо этого, ни *Facebook*, ни *WhatsApp* не контролируют операционные системы, в рамках которых пользова-

тели устанавливают приложения данных компаний, поэтому риск навязывания предустановки приложений *Facebook* или *WhatsApp* также был рассчитан как минимальный. Единственным неудобством для пользователя являлась необходимость создания нового аккаунта в новом мессенджере и перенос в него своего листа контактов. Данное неудобство Европейская комиссия сочла несущественным в контексте влияния на конкуренцию на данном рынке.

Комиссия заключила, что рынок социальных сетей является динамически развивающимся и доминирование на нем любой компании едва ли является стабильным. Конкуренты могут вырасти на рынке в любой момент и посредством прорывных инноваций захватить значительную его долю. Также на этом рынке существует понятие параллельного использования множества платформ (*multi-homing*), что сглаживает сетевые эффекты каждой социальной сети. Принимая во внимание данные факторы, в 2014 г. Европейская комиссия приняла решение одобрить сделку между *Facebook* и *WhatsApp* без выставления условий³³.

После заключения данной сделки стало очевидно, что компания *Facebook* предоставила Европейской комиссии заведомо ложную информацию о возможности слияния своей базы Больших данных с Большими данными *WhatsApp*. В августе 2016 г. при обновлении приложения *WhatsApp* изменились условия представления сервиса и правила конфиденциальности, которые включали возможность соединения мобильных номеров пользователей *WhatsApp* с профилями в социальной сети *Facebook*. После проверки, инициированной Европейской комиссией, было установлено, что техническая возможность соединения базы данных *WhatsApp* с профилями *Facebook* существовала и в 2014 г., когда Комиссия рассматривала данную сделку. За предоставление недостоверной информации компания *Facebook* была оштрафована на 110 млн евро³⁴.

Необходимо отметить, что в 2014 г. Федеральная торговая комиссия (ФТК) США одобрила сделку *Facebook/*

³¹ Merger Control Review. London, 2017; Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции. С. 91–92, 99–100.

³² European Commission decision of 3 October 2014 No. COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

³³ Ibid.

³⁴ Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369 (дата обращения: 21.02.2020).

WhatsApp также без выставления условий. Данные действия американского правоприменителя вызвали у игроков цифровой отрасли и экспертного сообщества опасения, которые лежали в плоскости использования персональных данных пользователей в целях наращивания своей рыночной власти. К примеру, Центр цифровой информации и Центр цифровой демократии направили ФТК США жалобу, связанную с данным слиянием. По мнению экспертов, ФТК должна запрещать слияния между компаниями, которые заботятся о сохранении персональной информации пользователя и не используют ее в рекламных целях, и теми корпорациями, которые получают основной доход за счет размещения таргетированной рекламы³⁵. В ответ на это ФТК США заверила заинтересованные стороны в том, что в случае злоупотребления *Facebook* своим доминирующим положением правоприменитель вправе возбудить отдельное расследование по признакам нарушения секции 5 Закона о ФТК комиссии США.

Данный пример показывает: несмотря на то, что сделка не вызывала опасений антимонопольных органов, проблема аккумулирования наборов Больших данных и их дальнейшего использования уже была очевидна участникам рынка и экспертам.

Точно так же антимонопольные органы оставили без внимания сделку, совершенную *Facebook* чуть ранее (в 2012 г.), — приобретение небольшой в те годы социальной сети *Instagram*. Сделка не вызвала возражений антимонопольных органов в период ее совершения, поскольку, как заявил глава социальной сети М. Цукерберг, «*Instagram* не являлся конкурентом *Facebook* на тот момент, аудитория социальной сети составляла всего лишь 30 млн пользователей»³⁶. По версии основателя *Facebook*, *Instagram* приобрел нынешнюю популярность благодаря использованию ресурсов *Facebook*³⁷.

³⁵ Complaint, Request for Investigation, Injunction and Other Relief Submitted by the Electronic Privacy Information Center and the Center for Digital Democracy. URL: <https://epic.org/privacy/ftc/whatsapp/WhatsApp-Complaint.pdf> (дата обращения: 21.02.2020).

³⁶ McLaughlin D. Zuckerberg Defends Instagram Deal Against US Antitrust Probe // Bloomberg. 2019. 31 Oct. URL: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-10-30/zuckerberg-defends-instagram-deal-against-u-s-antitrust-probe> (дата обращения: 21.02.2020).

³⁷ Ibid.

Более тщательный анализ последствий для конкуренции проводился некоторыми антимонопольными органами при рассмотрении в 2016 г. приобретения корпорацией *Microsoft* профессиональной социальной сети *LinkedIn*.

В частности, Европейская комиссия задумалась о том, может ли обладание операционной системой *Windows* и популярным программным обеспечением (*Microsoft Word*, *Excel*, *Power Point*) усилить позиции *LinkedIn* на рынке профессиональных социальных сетей. *Microsoft*, покупая *LinkedIn*, обрела возможность предустановливать *LinkedIn* на устройствах на операционной системе *Windows*, а также интегрировать *LinkedIn* в продукты *Microsoft Office*, совмещающая Большие данные пользователей *LinkedIn* с данными пользователей *Microsoft Office*. Также это могло позволить *Microsoft* устраниТЬ с рынка другие социальные сети, которым компания закрыла бы доступ к программным продуктам *Microsoft*, в том числе к данным, хранящимся в облачном сервисе *Windows Cloud*. Европейская комиссия пришла к выводу, что данные возможности могли бы значительно увеличить рыночную силу *LinkedIn* по сравнению с другими конкурирующими социальными сетями посредством расширения своего набора Больших данных, чего бы не случилось в отсутствие рассматриваемой сделки. Расширение пользовательской базы *LinkedIn* создало бы существенные барьеры входа на данный рынок для новых игроков и подорвало позиции уже существующих национальных европейских профессиональных социальных сетей в Австрии, Германии и Польше³⁸.

В целях устранения опасений Европейской комиссии относительно ограничения конкуренции на рынке профессиональных социальных сетей компаниям было предписано:

— обеспечить возможность производителей персональных компьютеров и мобильных устройств не предустанавливать приложение *LinkedIn* на устройства с операционной системой *Windows* и обеспечить возможность для пользователей удалять предустанов-

³⁸ Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284 (дата обращения: 21.02.2020).



ленное приложение *LinkedIn* без ущерба для дальнейшего функционирования устройства;

— обеспечить доступ конкурирующих профессиональных социальных сетей к семейству продуктов *Microsoft Office*, а также мобильным приложениям *Microsoft Office*³⁹.

ФТК США, которая также рассматривала сделку *Microsoft/LinkedIn*, не усмотрела в ней угрозы для состояния конкуренции на рынке профессиональных социальных сетей в Северной Америке и одобрила ее без выставления условий. Аналогичное решение вынесли Административный совет по экономической защите Бразилии и Комиссия по конкуренции Канады. В остальных юрисдикциях сделка не потребовала согласования в соответствии с особенностями национального законодательства о контроле за экономической концентрацией⁴⁰.

В декабре 2016 г. *Microsoft* и *LinkedIn* закрыли сделку стоимостью 27 млрд долл., ставшую самой крупной в истории корпорации *Microsoft*. Эксперты полагают, что прошло слишком мало времени для того, чтобы оценить ее последствия как для компаний, так и для рынка социальных сетей. К настоящему моменту для пользователей *LinkedIn* ничего не изменилось, и, по оценкам экспертов, *Microsoft* не сильно вмешивается в деятельность социальной сети⁴¹.

Реализуясь в цифровом мире, а также имея поистине глобальный характер, данные сделки имеют специфические особенности, которые должны учитываться в рамках контроля за экономической концентрацией антимонопольными органами по всей планете. Антимонопольные органы постепенно осознают необходимость более тщательного изучения сделок на рынке социальных сетей.

Так, в октябре 2019 г. ФТК США начала исследование эффектов от сделок, совершенных *Facebook* в отношении *Instagram* и *WhatsApp*. По мнению аме-

риканского регулятора, вопросы вызывают практики размещения рекламы для пользователей, которые стали возможны благодаря слиянию наборов Больших данных упомянутых компаний на платформе *Facebook*.

В настоящее время ведутся множественные дискуссии о необходимости изменения антимонопольного законодательства в отношении практик цифровых компаний, в частности сделок экономической концентрации на цифровых рынках. Подобные поправки в законодательство уже были приняты в Германии и Австрии. Россия также подготовила пакет поправок в Закон о защите конкуренции с целью привести национальное антимонопольное законодательство в соответствие с потребностями цифровой экономики.

Данный подход также поддерживают и представители некоторых цифровых компаний. Например, вице-президент корпорации *Microsoft* Дж. Франк отмечает, что «конкурентным ведомствам необходимо лучше разбираться в бизнес-моделях цифровых компаний и применять принципиально иные методы исследования ситуаций в случаях, когда обладание Большинами данными действительно является барьером выхода на рынок»⁴².

4. Заключение

Крупные цифровые компании, владеющие социальными сетями вроде *Facebook*, *Telegram* или *Google*, в настоящее время находятся в некоторой «серой зоне», когда дело касается мер антимонопольного регулирования в их отношении. Пока и общество, и регуляторы только начинают прояснять для себя концепцию социальной сети — вернемся здесь к решению Федерального офиса по картелям в отношении *Facebook*, где немецкое антимонопольное ведомство привело несколько определений социальной сети и все они в той или иной степени отличались от установленного немецким Законом 2017 г. о социальных сетях понятия, т.е. даже среди ведомств одного государства нет единства мнений.

³⁹ European Commission decision of 6 December 2016 No. M.8124, *Microsoft/LinkedIn*.

⁴⁰ McConnell C. Microsoft Expects LinkedIn Deal to Close by the End of the Year // Global Competition Review. 2016. 14 June.

⁴¹ How's Microsoft's marriage with LinkedIn working out? URL: <https://www.cbsnews.com/news/microsoft-linkedin-how-marriage-is-working-out/> (дата обращения: 21.02.2020).

⁴² Connor C. Microsoft VP: Enforcers Need a Test for Data Sharing // Global Competition Review. 2019. 8 Oct.

При этом глава *Facebook*, выступая в 2018 г. перед Конгрессом США, заявил, что *Facebook* является технологической, а не медиакомпанией, хотя и берет на себя обязательства по фильтрации публикуемого контента⁴³. Если полагаться на такую позицию, то становится очевидно, что, выходя на глобальные рынки цифровых продуктов, *Facebook* автоматически соглашается и на контроль со стороны антимонопольных регуляторов, а следовательно, и на санкции с их стороны в случае нарушения правил конкуренции.

Вместе с этим, как показал опыт рассмотрения сделки *Facebook/Whatsapp*, компания *Facebook* не торопилась раскрывать антимонопольному органу, в частности Европейской комиссии, информацию об истинной цели слияния — увеличении своих наборов Большых данных⁴⁴. Данный кейс иллюстрирует глобальный транзит к принципиально новым экономическим реалиям, в условиях которого основой наращивания компаниями своей рыночной власти являются нематериальные объекты. В этой плоскости борьба разворачивается за персональную информацию пользователя, его внимание, время, желание проявлять активность в цифровом мире. Социальные сети сегодня знают о своих пользователях практически все: с кем мы общаемся, где бываем, куда ездим в отпуск. Вот почему приобретение рыночного доминирования одним или несколькими цифровыми гигантами и возможное злоупотребление ими своим доминирующим положением может привести к множеству неблагоприятных для потребителя последствий, включая манипулирование сверхчувствительной персональной информацией. В таком свете соблюдение социальными сетями правил справедливой конкуренции на данном рынке является крайне важным для пользователей во всем мире.

Однако ответственность за создание конкурентной среды на мировых цифровых рынках лежит не только

ко на цифровых гигантах. Без определенной воли на изменение традиционных подходов к антимонопольному регулированию ведомства по защите конкуренции просто будут безоружны перед монополизацией рынка двумя-тремя (в лучшем случае) компаниями. Стоит оговориться, что такое изменение подходов не должно встречать сопротивление со стороны государства в целом — приведем в пример опять же немецкое дело в отношении *Facebook*, где суд привел достаточно шаткие аргументы в защиту компании. Может ли компания пользоваться невнимательностью пользователей, не читающих условия использования сети, для бесконтрольного сбора и обработки гигантского массива данных? И чем в век фрагментарности права так пугает судебные органы попытка применения смешанного подхода антимонопольного ведомства, основанного на сочетании классического антимонопольного регулирования и законодательства о персональных данных?

Такое недоверие к расширению границ антимонопольного права в цифровую эпоху типично для случаев, когда антимонопольное ведомство пытается заблокировать нарушения конкуренции на не самых очевидных для классического антимонопольного регулирования рынках⁴⁵. Схожая дискуссия между ФАС и другими ведомствами, включая суды, сейчас разворачивается в России, где регулятор борется за отмену антимонопольных иммунитетов, беспокоясь о монополизации рынков, на которых критичным ресурсом является интеллектуальная собственность⁴⁶. При этом дискуссия о границах антимонопольного права в эпоху цифровизации не только не закончена, а находится на начальной стадии⁴⁷. Подтверждение этому — активная работа над цифровыми проектами изменений в антимонопольное законодательство и исследовани-

⁴³ Castillo M. Zuckerberg tells Congress Facebook is not a media company: 'I consider us to be a technology company' // CNBC. 2018. 11 April. URL: <https://www.cnbc.com/2018/04/11/mark-zuckerberg-facebook-is-a-technology-company-not-media-company.html> (дата обращения: 21.02.2020).

⁴⁴ Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции. С. 110.

⁴⁵ Höppner T., Westerhof Ph. Abrupt End to "Hipster Antitrust"? Tackling Facebook's Expansion Following the First Court Ruling in Germany // Hausfeld. 2019. 20 Nov. URL: <https://www.hausfeld.com/news-press/abrupt-end-to-hipster-antitrust-tackling-facebook-expansion-following-the-first-court-ruling-in-germany> (дата обращения: 21.02.2020).

⁴⁶ См., напр.: Постановление ВС РФ от 09.11.2015 № 305-КГ15-7123 по делу *Teva*.

⁴⁷ См., напр.: Иванов А.Ю. Контроль монополизации в условиях цифровой экономики: первая часть дискуссии о пятом антимонопольном пакете // Закон. 2018. № 2. С. 106–119.



ями антимонопольных ведомств, которые ведутся в наиболее продвинутых юрисдикциях. Здесь можно вновь обратиться к планируемым изменениям в немецкое антимонопольное законодательство⁴⁸, докладу Европейской комиссии о конкуренции в цифровую эпоху⁴⁹, цифровой стратегии британского антимонопольного ведомства⁵⁰ и, наконец, пятому антимонопольному пакету, разработанному ФАС России с учетом релевантного опыта зарубежных регуляторов. Очевидно, что подход, не ограничивающий антимонопольное регулирование узкими рамками классических для этой отрасли понятий и инструментов, имеет все шансы на победу.■

REFERENCES

Castillo, M. "Zuckerberg Tells Congress Facebook Is not a Media Company: 'I Consider Us to Be a Technology Company'". CNBC. April 11, 2018. available at: <https://www.cnbc.com/2018/04/11/mark-zuckerberg-facebook-is-a-technology-company-not-media-company.html> (accessed 21 February 2019).

Colangelo, G. Facebook and the Bundeskartellamt's Winter of Discontent, available at: <https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-and-bundeskartellamts-winter-of-discontent/> (accessed 21 February 2019).

Connor, C. "Microsoft VP: Enforcers Need a Test for Data Sharing". Global Competition Review. October 8, 2019, available at: <https://globalcompetitionreview.com/article/1209318/microsoft-vp-enforcers-need-a-test-for-data-sharing> (accessed 21 February 2019).

Ivanov, A. and Lianos, I. (eds.). Digital Era Competition: A BRICS View. Report by the BRICS Competition Law and Policy Centre. HSE, 2019. 1295 p.

Dutch-Brown, N. JRC Digital Economy Working Paper: 2017-04. The Competitive Landscape of Online Platforms. European

⁴⁸ Проект 10-го Закона о внесении изменений в Закон о противодействии ограничениям конкуренции.

⁴⁹ European Commission, Directorate-General for Competition, Competition Policy for the Digital Era. 2019. URL: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (дата обращения: 21.02.2020).

⁵⁰ The CMA's Digital Markets Strategy. 2019. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authoritys-digital-markets-strategy> (дата обращения: 21.02.2020).

Commission, 2017, available at: <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc106299.pdf> (accessed 21 February 2019). P. 1–33.

Höppner, Th. and Westerhof, Ph. "Abrupt End to 'Hipster Antitrust'? Tackling Facebook's Expansion Following the First Court Ruling in Germany". Hausfeld, November 20, 2019, available at: <https://www.hausfeld.com/news-press/abrupt-end-to-hipster-antitrust-tackling-facebook-expansion-following-the-first-court-ruling-in-germany> (accessed 21 February 2019).

Ivanov, A.Yu. "Merger Review in the Digital Age: Episode One in Discussions on the Fifth Competition Law Reform Package" [Kontrol' monopolizatsii v usloviyakh tsifrovoy ekonomiki: pervaya chas't diskussii o pyatom antimonopol'nom pakete]. Statute [Zakon]. 2018. No. 2. P. 106–119.

Martos, C.M. The Transformation of Intimacy and Privacy through Social Networking Sites, available at: https://www.researchgate.net/publication/303975090_The_Transformation_of_Intimacy_and_Privacy_through_Social_Networking_Sites/ link/576134a708ae2b8d20ed338c/download (accessed 21 February 2019). P. 1–19.

McConnell, C. "Microsoft Expects LinkedIn Deal to Close by the End of the Year". Global Competition Review. June 14, 2016, available at: <https://globalcompetitionreview.com/article/usa/1068232/microsoft-expects-linkedin-deal-to-close-by-end-of-year> (accessed 21 February 2019).

Stiglitz, J.E. Towards a Broader View of Competition Policy, available at: <https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Towards%20a%20Broader%20View%20of%20Competition%20Policy.pdf> (accessed 21 February 2019). P. 1–18.

Tsarikovsky, A.Yu., Ivanov, A.Yu. and Voinikanis, E.A. (eds.), Antitrust Regulation in the Digital Age: How to Protect Competition in the Context of Globalization and the Fourth Industrial Revolution [Antimonopol'noye regulirovaniye v tsifrovyyu epokhu: Kak zashchishchat' konkurentsiyu v usloviyakh globalizatsii i chevertoj promyshlennoy revolyutsii]. 2nd ed. Moscow, 2019. 391 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Anna E. Pozdnyakova

Research Fellow at HSE — Skolkovo Institute for Law and Development, PhD in Politics (e-mail: aepozdnyakova@hse.ru).

Darya A. Kotova

Junior Research Fellow at HSE — Skolkovo Institute for Law and Development, LLM (University of Arkansas, Fayetteville) (e-mail: dkotova@hse.ru).

Ekaterina V. Semenova

Expert at BRICS Antimonopoly Centre, HSE — Skolkovo Institute for Law and Development, Master of Law (e-mail: evsemenova@hse.ru).