



Федеральная
Антимонопольная
Служба



ИНСТИТУТ ПРАВА
И РАЗВИТИЯ
ВШЭ — СКОЛКОВО

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ

Как защищать конкуренцию в условиях
глобализации и четвертой промышленной
революции

Под редакцией

А.Ю. Цариковского, А.Ю. Иванова и Е.А. Войниканис



Издательский дом Высшей школы экономики
Москва 2018

УДК 330.4
ББК 65.26
А72

Авторский коллектив:

статс-секретарь, заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы, профессор кафедры управления государственными и муниципальными заказами факультета государственного и муниципального управления НИУ ВШЭ *А.Ю. Цариковский* (научный редактор);
начальник Управления контроля промышленности ФАС России *Н.Ф. Галимханова*;
старший преподаватель кафедры конкурентного права ЮФ ИПиНБ РАНХиГС, начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России *А.П. Тенишев*;
заместитель начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России *М.А. Хамуков*;
директор Института права и развития ВШЭ — Сколково *А.Ю. Иванов* (научный редактор);
доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Института права и развития ВШЭ — Сколково *Е.А. Войниканис* (научный редактор);
стажер-исследователь Института права и развития ВШЭ — Сколково *Е.В. Семенова*

Опубликовано Издательским домом Высшей школы экономики
<<http://id.hse.ru>>

doi:10.17323/978-5-7598-1750-5

ISBN 978-5-7598-1750-5 (в пер.)
ISBN 978-5-7598-1807-6 (e-book)

© Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 2018
© ФАС России, 2018

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	5
Глава 1. Антимонопольная политика в цифровую эпоху	
1.1. Вызовы цифровой трансформации.....	7
1.2. Очертания антимонопольных ответов на вызовы цифровой экономики	20
Глава 2. Экономика цифровых рынков и проблемы конкуренции	
2.1. Цифровые рынки и их основные экономические характеристики	29
2.2. Большие данные как инструмент для получения конкурентных преимуществ.....	37
2.3. Сетевые эффекты и их роль в цифровой экономике	45
2.4. Бесплатные товары и многообразие способов их монетизации на цифровых рынках	49
Глава 3. Антимонопольное регулирование цифровых рынков: проблемы и решения	
3.1. Вопросы определения доминирующего положения хозяйствующих субъектов в условиях цифровой экономики	53
3.2. Цифровая экономика и вопросы оценки экономической концентрации на товарных рынках.....	84
3.3. Выявление и пресечение картелей в условиях цифровой экономики	118
3.4. Соотношение конкурентного права и права интеллектуальной собственности в цифровую эпоху	183

Приложение 1	224
Приложение 2.....	283
Приложение 3.....	292
Приложение 4.....	295
Библиография	298

ВВЕДЕНИЕ

Чтобы поймать цифровую мышь,
нужен цифровой кот.

Коллектив авторов

Мы живем в цифровую эпоху и это, как бы мы к тому ни относились, свершившийся факт. Конкуренция в наши дни приобретает совершенно новые формы и иное содержание. Все чаще мы наблюдаем конкуренцию не в определенной нише товаров и услуг, а за качественно новые ниши. Участники экономической деятельности не пытаются конкурировать на каком-то товарном рынке, где и так уже много игроков, а генерируют новые рынки, где они стремятся стать абсолютными монополистами. Часто эти новые — цифровые рынки или экономические агенты — не поддаются объективному анализу для целей антимонопольного регулирования с использованием классических инструментов, которые использовались в XX столетии. Мы все чаще наблюдаем, как товары и рынки формируются настолько стремительно, что антимонопольные органы во всем мире не успевают не только оперативно реагировать, но и изучить их в достаточной мере.

Общество, несомненно, получает большие выгоды от цифровизации экономики в виде новых товаров и услуг, удобств и скорости, но мы, потребители продуктов цифровой экономики, иногда даже не осознаём, что платим очень высокую цену за эти блага. В наши дни потребительские предпочтения настолько «хорошо» оцифрованы, что глобальные компании, обладающие большими данными о нас, могут уже формировать потребительский спрос. Потребитель может оказаться в «цифровой клетке», если дверь от этой «клетки» уже для нас не захлопнулась.

С приходом цифровой экономики представлялось, что наше законодательство и практики готовы к адекватному реагированию на современные вызовы при минимальных уточнениях нормативных актов и настройках инструментов анализа. Однако уже сегодня мы говорим, что необходимы изменения не только в антимонопольном регулировании, но и в нашем сознании. Цифровую экономику надо принимать уже как данность. Мир уже изменился. Даже с начала работы над этой монографией отдельные гипотетические, казалось бы, рассуждения авторов стали реальностью.

Российский антимонопольный орган уже рассмотрел ряд антимонопольных дел, в которых цифровые технологии определяли рыночную власть хозяйствующих субъектов либо они использовались для реализации антиконкурентных практик. Это дела в отношении Google, Microsoft, LG, ряд дел о сговорах на торгах с использованием аукционных роботов, рассмотрение сделок по слиянию Bayer/Monsanto, Uber/Yandex и т.д.

Мы постарались подробно рассказать в этой книге о лучших российских и зарубежных практиках и исследованиях в области антимонопольного регулирования в современных условиях.

Нам надо осознать, что поступательное развитие российской экономики в цифровую производственно-платформенную экономику может стать ведущим элементом роста, инновации, продуктивности и занятости. Для этого должны быть востребованы и задействованы все — экономика, общество и политика. Однако импульсы роста должны в первую очередь исходить от экономики. Государство должно дополнительно поддерживать эту положительную динамику. Цифровизацию необходимо развивать за счет умной и дальновидной политики, для того чтобы все действующие лица наилучшим образом могли использовать существующие потенциалы*.

Авторы этого исследования — практики в сфере антимонопольного регулирования, ученые (экономисты и юристы) — не претендуют на истину в последней инстанции и понимают, что написанное в этой книге — лишь повод начать дискуссию. Многие вопросы пока остаются без ответов. Несомненно одно: данная тема на сегодня не окончена, она только начата, и ее рассмотрение будет продолжаться. Цель настоящей работы — создать полезную ступень в этом исследовании и обсуждении.

*С большим уважением к читателям,
коллектив авторов*

* В связи с этим особое значение имеет Указ Президента Российской Федерации В.В. Путина от 21 декабря 2017 г. № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции», утвержден «Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2018–2020 годы».

ГЛАВА 1. АНТИМОНОПОЛЬНАЯ ПОЛИТИКА В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ

Если машины производят все, что нам нужно, то наше положение будет зависеть от того, как эти блага распределяются. Каждый сможет наслаждаться жизнью в достатке, только если богатство, производимое машинами, станет общим достоянием. Либо большинство людей в итоге будут жить в ужасающей нищете, если владельцы машин смогут успешно лоббировать против перераспределения богатства. Пока что, по-видимому, все идет по второму варианту, технологии приводят ко все большему неравенству¹.

Стивен Хокинг, астрофизик (1942–2018)

1.1. Вызовы цифровой трансформации

Под цифровой экономикой принято понимать новое качество экономической жизни, вызванное масштабной цифровизацией и иной технологизацией производственных отношений.

Эта трансформация нашей жизни уже в значительной степени состоялась, и можно констатировать, что новый этап в экономическом развитии человечества наступил. В этой новой экономике работают новые механизмы рыночной конкуренции. «Мы живем в глобальной экономике знания, и будущее в ней будут иметь те, кто сможет обратить в товар знания и научные открытия. Инновации, адаптация и использование новых технологий — ключевые драйверы роста как национальных экономик, так и мировой»², — отмечал известный экономист Кейт Маскус уже в 2012 г. «Действительно, во всех отраслях мы видим ясные доказательства того, что технологии, определяющие лицо четвертой промышленной

¹ *Hawking S.* AMA Answers // The New Reddit Journal of Science. AMA Series. 2015. Oct. 8. URL: https://www.reddit.com/r/science/comments/3nyn5i/science_ama_series_stephen_hawking_ama_answers/cvsdmkv/.

² *Maskus K.* Private Rights and Public Problems: The Global Economics of Intellectual Property in the 21st Century. Peterson Inst. for Intern. Economics, 2012. P. 1.

революции, уже оказывают огромное влияние на бизнес»³, — вторит ему глава Всемирного экономического форума Клаус Шваб в своем недавнем программном докладе.

По мнению Организации экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР), цифровая экономика включает, прежде всего, основанные на цифровых технологиях рынки, которые стимулируют и упрощают торговлю товарами и оказание услуг, однако это понятие данными рынками не ограничивается, поскольку цифровизация оказывает воздействие на общество и экономику в целом⁴.

Цифровизация экономики, как и схожие по социально-экономическому значению технологические трансформации прошлого (индустриализация, электрификация и т.д.), несет с собой комплекс перемен. Кто-то выигрывает от этих перемен, а кто-то проигрывает. В частности, по оценке целого ряда авторов, настоящий этап промышленной революции сопровождается не снижением, а существенным ростом неравенства⁵.

Цифровое неравенство (*digital divide*) — это сложившийся термин, исторически означавший неравенство в доступе к цифровым технологиям как таковым (услугам связи, подключению к Интернету и проч.), который теперь охватывает и множество других факторов, определяющих реальное распределение социально-экономических благ в цифровом веке. В большом количестве документов как ООН, так и ряда других международных организаций эта категория всегда понимается гораздо шире и включает неравенство в доступе к знаниям и информации, а также технологиям работы в цифровой среде. В России наибольшее значение имеет именно этот аспект цифрового неравенства. В нашей стра-

³ Schwab K. The Fourth Industrial Revolution: What It Means, How to Respond: WEF rep. 2016. Jan. 14.

⁴ Competition Committee of Organisation for Economic Cooperation and Development: The Digital Economy. 2012 // Competition Law & Policy. 2013. Feb. 7. URL: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-DigitalEconomy-2012.pdf>.

⁵ См. об этом, например: *Ekbia H., Nardi B.* Heteromation, and Other Stories of Computing and Capitalism. MIT Press, 2017. URL: <https://mitpress.mit.edu/books/heteromation-and-other-stories-computing-and-capitalism>; *Brynjolfsson E., McAfee A.* The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies. W.W. Norton, 2014. URL: <http://books.wwnorton.com/books/the-second-machine-age/>.

не с доступом в глобальную информационную сеть все более или менее нормально, а вот с доступом к знаниям и технологиям — наоборот. Например, крупнейшие российские университеты не имеют полноценного доступа к научным базам таких доминирующих на этом рынке издательств, как Elsevier, Wiley и Thomson Reuters, из-за их высокой стоимости (или иного выбора приоритетов в расходовании бюджетных ассигнований). Именно неравенство в доступе к знаниям и технологиям определяет расширение цифрового неравенства сегодня, поскольку парадокс этого явления таков, что при подключении к глобальной сети разрыв между теми, кто имеет технологии и информацию, и теми, кто их не имеет, но включен в эту сеть, усугубляется, а не снижается. Проще говоря, лучше быть включенным из Интернета, чем быть подключенным, но без компетенций и ресурсов, необходимых для эффективной работы в современной глобальной сети. Без знаний и информации подключаемое к сервисам сети население становится своего рода питательным планктоном для чужой цифровой экономики, а не ее субъектом.

Данная проблема нашла отражение, например, в недавнем докладе Всемирного банка, посвященном оценке того, кто сегодня в мире является выгодоприобретателем благодаря ускоряющейся цифровизации экономики⁶. Всемирный банк озаглавил доклад «Цифровые дивиденды», имея в виду, что выгоды от цифровой экономики получает ограниченная группа лиц, относящаяся к условным акционерам этого нового мира.

Вопрос о том, что является драйвером все ускоряющегося роста неравенства в условиях цифровой экономики, дискуссионный, но в большинстве случаев мнения экспертов совпадают: причинно-следственная связь между ростом экономической власти и доходов цифровых монополий и снижением доходов потребителей и малых и средних компаний однозначно прослеживается.

Монополии и высокая концентрации капитала — то состояние, которым привычно описывают цифровую экономику сегодня. Так, в специальном докладе, подготовленном в конце 2016 г. журналом «The Economist», отмечается, что мировая экономика переживает наивысшую степень концентрации капитала со времен Великой депрессии, и одним из прямых последствий такой чрезмерной концентрации является снижение числа стартапов,

⁶ Digital Dividends: World development rep. 2016. URL: <http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2016>.

выходящих на рынки новой экономики, на фоне все возрастающих доходов доминирующих субъектов. Как отмечает издание, «возникновение супергигантов наиболее заметно в экономике знания; <...> в Силиконовой долине небольшая группа монополистов имеет рыночную власть и получает доходы, невиданные со времен баронов-разбойников XIX века»⁷. Несмотря на нарастающее в экспертном сообществе и прессе понимание того, что с цифровой экономикой что-то не так и уровень монополизации рынков и рыночной власти цифровых монополий достиг аномальных размеров, в январе 2018 г. журнал вынужден был опять обратиться к той же теме, выпустив номер под заголовком «Как усмирить технологических гигантов: доминирование Google, Facebook и Amazon крайне вредно для потребителей и конкуренции»⁸. И снова программная статья редакции «The Economist» призывает правительства всех стран активнее применять меры антимонопольной политики для регулирования рынков цифровой экономики, иначе произойдет непоправимое — цифровая экономика уже перестанет быть рыночной, а будет управляться лишь группой компаний-монополистов, обладающих такой рыночной властью, которой не могли похвастаться не только монополисты XX в., но и правительства промышленно развитых стран.

Как ни странно, но обычно расходящиеся в оценках мировых событий редакция журнала «The Economist» и глава нашего государства В.В. Путин в этом вопросе в полной мере сошлись. Последний несколько раз и в разных контекстах, обсуждая вопросы развития цифровой экономики, делал упор на все возрастающую монополизацию экономической жизни в мире и ее негативные последствия для развития «догоняющих» стран, к которым, к сожалению, мы вынуждены отнести и Россию.

Выступая в 2016 г. на пленарном заседании Петербургского международного экономического форума, президент отметил, что «собственно, уже сегодня мы видим попытки закрепить за собой или даже монополизировать выгоду от технологий нового поколе-

⁷ The Rise of Superstars // The Economist: spec. rep. 2016. Sept. 17. URL: <http://www.economist.com/news/special-report/21707048-small-group-giant-companiessome-old-some-neware-once-again-dominating-global>.

⁸ How to Tame the Tech Titans // Ibid. 2018. Jan. 18. URL: <https://www.economist.com/news/leaders/21735021-dominance-google-facebook-and-amazon-bad-consumers-and-competition-how-tame>.

ния»⁹. А уже в 2018 г. его высказывание на эту тему приобрело гораздо большую серьезность с точки зрения вызовов для поступательного развития нашей страны в цифровую эпоху: «Пройдет какое-то время, и любой товар будет так оцифрован и будет находиться на таких информационных цифровых платформах, что без использования информации из этих платформ вообще нельзя будет ничего построить и модернизировать. И те, кто будут обладать этими платформами, будут хозяевами мира»¹⁰.

С похожей оценкой положения дел в цифровой экономике выступает и нобелевский лауреат проф. Джозеф Стиглиц: «В сегодняшней экономике многие секторы — телеком, медиа, цифровые платформы от социальных сетей до интернет-поиска, фармацевтика, аграрное производство и многие другие — не могут быть поняты, если смотреть на них через призму свободной конкуренции. В этих секторах преобладающей формой конкуренции является олигополия»¹¹.

В опубликованной в конце 2017 г. Массачусетским технологическим университетом книге, посвященной анализу различных форм цифрового капитализма, проф. Хамид Экбиа и проф. Бонни Нарди проанализировали механизмы извлечения дохода в капиталистической экономике нового технологического уклада и обратили внимание, что одним из основных таких механизмов стал контроль потребительского поведения и включения потребителей в создание добавленной стоимости без адекватной компенсации затраченного труда¹². Этот механизм позволяет цифровым платформам извлекать доходы, непропорционально высокие по отношению к затрачиваемому труду и инвестициям. Фактически, по мнению авторов данной книги, в цифровую эпоху мы видим трансформацию сложившихся отношений между трудом и капиталом, которые

⁹ Стенограмма пленарного заседания Петербургского международного экономического форума. 2016. 17 июня. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/52178>.

¹⁰ Встреча Президента Российской Федерации В.В. Путина с руководителями российских печатных СМИ и информагентств. 2018. 11 янв. См. стенограмму встречи: URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/56639>.

¹¹ *Stiglitz J.* Monopoly's New Era // Project Syndicate. 2006. May 13. URL: <https://www.project-syndicate.org/commentary/high-monopoly-profits-persist-in-markets-by-joseph-e--stiglitz-2016-05>.

¹² *Ekbia H., Nardi B.* Op. cit.

были опосредованы действующими институтами рыночной экономики, включая институты конкурентного права. Как результат, эти институты, сложившиеся в доцифровую эпоху, перестали адекватно балансировать интересы разных участников капиталистических отношений, предоставляя капиталу гораздо больше возможностей по извлечению добавленной стоимости из человеческого труда, чем это было бы оптимально для устойчивого развития общества.

Другой важной характеристикой нового экономического миропорядка является переход экономических отношений на принципиально новую стадию глобального производства. Это состояние принято описывать через понятие глобальных цепочек создания стоимости (global value chains). Суть данного явления хорошо отражена в словах известного социолога проф. Мануэля Кастельса: «Глобальная экономика — это исторически новая реальность, отличающаяся от мировой экономики. Мировая экономика, в которой капитал аккумулируется по всему миру, существовала на Западе как минимум с XVI века. <...> Глобальная экономика — это нечто иное: это экономика, обладающая возможностями работать как единое предприятие в реальном времени и планетарном масштабе»¹³. В этой логике Ларри Саммерс, влиятельный представитель американского и глобального истеблишмента (бывший глава федерального казначейства и национального экономического совета в правительстве США, главный экономист Всемирного банка и президент Гарвардского университета), отмечал, что поддержка формирования единых правил международной экономической деятельности становится намного более важной в условиях такой глобальной экономики, особенно для США: «Это позволяет нам получить большие преимущества в условиях новой экономики; это позволяет сетям становиться больше; и позволяет улавливать больше ценности в такие сети. В этом смысле будет лишь небольшим преувеличением сказать, что производственные конкурентные преимущества имеют значение лишь для экономики вчерашнего дня — для сегодняшней экономики значение имеют глобальные сети и эффект масштаба»¹⁴.

¹³ *Castells M.* The Information Age: Economy, Society and Culture — The Rise of the Network Society. Wiley, 1996. P. 92.

¹⁴ *Summers L.H.* The New Wealth of Nations: remarks by treasury secretary Lawrence H. Summers at Hambrecht & Quist technology conference, San Francisco, CA. U.S. Department of the Treasury, 10 May 2000.

Правовые институты, созданные в период, предшествовавший такой глобализации экономической жизни, часто не позволяют улавливать особенности функционирования современной глобальной экономики, построенной на цифровых сетях. Как отмечает проф. Кевин Собел-Рид, «парадигма современной мировой экономики драматическим образом изменилась за последние 20 лет. В то же время право осталось далеко позади. Существующее право основано на устаревших представлениях о том, что транснациональные корпорации самостоятельно или в рамках прямой контрактации придумывают, производят и продают товары. Но в современном мире, в рамках так называемых глобальных цепочек создания стоимости, исследования, разработки, производство и продажа большинства продуктов осуществляется через скоординированные многокомпонентные цепочки, которые растягиваются на множество — от нескольких до нескольких тысяч хозяйствующих субъектов»¹⁵. Такие глобальные цепочки создания стоимости обладают, по словам К. Собел-Рида, «системной и координирующей природой» и основаны на различных механизмах управления и правового обеспечения — как традиционных, вроде договоров, так и инновационных корпоративных и трастовых механизмах, а также неформальных механизмах управления. Например, «глобальные стоимостные цепочки» стали ключевым механизмом трансфера интеллектуальной собственности: «правообладатели полагаются в меньшей степени на традиционные режимы охраны интеллектуальных прав, а больше — на комбинацию договорных режимов и механизмов технической защиты»¹⁶. По мнению проф. К. Собел-Рида, понимание того, как функционируют такие глобальные цепочки создания стоимости, сегодня имеет гораздо большее значение для правовой теории, чем взятая сейчас на вооружение модель анализа товарных рынков¹⁷.

Для антимонопольного регулирования указанные особенности работы капиталистической системы в условиях новой экономики — экономики цифровизации, автоматизации и глобализации — имеют критическое значение.

¹⁵ *Sobel-Read K.B. Global Value Chains: A Framework for Analysis // Transnational Legal Theory. 2014. Vol. 5. No. 3. P. 364.*

¹⁶ *Ibid. P. 392.*

¹⁷ *Ibid. P. 367.*

Законодательство о защите конкуренции — это особенная отрасль права, находящаяся между сферами частного и публичного регулирования. Исторически защита конкуренции рассматривалась как частноправовая задача, вызванная необходимостью ограничения различных активных форм злоупотребления правами в экономической жизни. Речь идет о таких формах злоупотребления гражданскими правами, которые могут оказывать влияние на весь уклад экономической жизни, чем, собственно, и являются условия конкуренции на рынках в капиталистическом обществе. Поскольку такие злоупотребления обладают высокой общественной опасностью, то защита от них перестала быть исключительно вопросом частных отношений участников рынка, которые, тем не менее, вправе обратиться в суд с частноправовым иском в отношении монополистов или иных лиц, допускающих вредоносное антиконкурентное поведение. В то же время активная роль антимонопольных органов, которым государство доверило защиту конкуренции, переводит антимонопольное право в позицию, близкую к другим публичным отраслям. Эта двойственная природа антимонопольного регулирования проявляется как в целях, так и в методах правового воздействия.

Ключевой отличительной чертой антимонопольного регулирования во всех странах, принявших соответствующие законы (но в особенности в странах, придумавших сам механизм антимонопольного регулирования для эффективной работы капиталистической системы), является его гибкость.

По словам проф. Ариеля Эзрачи, «динамизм позволяет конкурентному праву решать широкий круг рыночных и социальных вопросов, сохраняя при этом свое концептуальное ядро. Он защищает конкурентное право от превращения в замкнутую систему, отстраненную от внутренних потребностей. Он обеспечивает осмысление меняющегося политического ландшафта и является частью демократического процесса. Кроме того, аналитическая эластичность позволяет правоприменителю экспериментировать с ранжированием уровней вмешательства, средств защиты и инструментов принуждения»¹⁸. Схожим образом характеризует природу антимонопольного регулирования и Комитет по конкурен-

¹⁸ *Ezrachi A. Sponge // Journal of Antitrust Enforcement. 2017. No. 5. P. 67.*

ции ОЭСР: «Конкурентное право в целом является достаточно гибким, чтобы его можно было применять к цифровым рынкам»¹⁹. Комиссар Федеральной торговой комиссии США Т. Максвини повторяет за ними: «Это правда, что конкуренция на определенных цифровых и высокотехнологичных рынках может отличаться от определенных традиционных рынков. <...> Но инструменты антитраста являются гибкими»²⁰.

Эта гибкость и ориентированность прежде всего на достижение ключевых целей защиты конкуренции — поддержания рынка в конкурентном состоянии и недопущения избыточной концентрации рыночной власти обуславливают в ключевых юрисдикциях и механизм применения антимонопольного законодательства.

Проф. Джулиано Амато, в прошлом премьер-министр Италии и руководитель проекта написания Европейской конституции, так характеризует природу антимонопольного регулирования: «Антимонопольные законы были, как мы знаем, изобретены не специалистами по коммерческому праву (хотя они первыми начали их применять), а также не экономистами (хотя они и дали для этих законов контекст и культурную основу). Их создание было продиктовано волей политиков и (в Европе) ученых, которых беспокоила устойчивость возводимой демократической системы и которые видели в этих законах ответ (или даже ключевой ответ) на важнейший вызов для демократии: порождение со стороны корпораций, которые по своему замыслу являются формой реализации базовых прав и свобод людей на осуществление экономической деятельности, прямо противоположного явления — частной власти; власти, лишенной всякой легитимности и угрожающей нарушить не только экономические интересы других частных хозяйствующих субъектов, но и баланс в принятии публичных решений, сталкивающихся с их доминирующей силой»²¹.

¹⁹ OECD. The Digital Economy. Hearings. Doc. DAF/COMP (2012) 22. 2012. P. 7.

²⁰ *McSweeney T.A.* U.S. Enforcer's Perspective: Protecting Competition and Promoting Innovation. Keynote Remarks of Commissioner // Taiwan International Conference on Competition Policy. Taiwan, 2016. June 29. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/988713/mcsweeney_-_keynote_remarks_at_equitable_growth_10-6-16.pdf.

²¹ *Amato G.* Antitrust and the Bounds of Power. Oxford, 1997. P. 2.

В этом контексте важно вспомнить, что суть антимонопольного права с самых первых дней его появления на волне индустриальной революции в США в конце XIX в. была направлена именно на балансировку капиталистической системы с целью снятия неизбежно возникавшего на фоне динамичного роста и быстрых трансформаций напряжения в социально-экономической жизни.

Как известно, первый антимонопольный закон в мире назван по имени его автора, сенатора Джона Шермана — весьма легендарной личности в американской политической истории. Будучи и министром финансов США, запустившим в обращение зеленый бумажный доллар, и госсекретарем, заложившим многие принципиальные основы американской внешней политики на следующие 100 лет, и кандидатом в президенты страны от республиканской партии, сенатор Шерман подготовил антимонопольный закон уже на излете карьеры, думая о своем политическом наследии, а не о текущей конъюнктуре. Поэтому и закон оказался очень качественным и получил долгую жизнь — в законодательстве как США, так и других стран, включая Россию, заимствовавшую основные принципы антимонопольного регулирования в том виде, в каком их придумал еще Шерман.

Выступая в Конгрессе США со своим ставшим знаменитым законопроектом, сенатор Шерман говорил вещи, которые сегодня кажутся более современными, чем 20 или 30 лет назад: «Господа, сегодня народ Соединенных Штатов, так же как и других стран, чувствует на себе власть этих конгломератов и требует от всех законодательных органов средство борьбы с этим злом, которое только выросло в огромных размерах за последнее время. Мы знали монополии и привилегии прошлого, но никогда ранее не видели таких гигантов, как сегодня. Вы должны либо прислушаться к этому требованию народа, либо быть готовыми к приходу на ваше место социалистов, коммунистов и нигилистов»²². Эти слова вполне бьются с передовицами журнала «The Economist» или выступлениями руководителей антимонопольных ведомств разных стран, включая Россию, сегодня, но при этом были надолго позабыты и не вспоминались антимонопольным сообществом в 1980-е и 1990-е годы.

Причина такого обращения к истокам антимонопольного права, на наш взгляд, проста — сегодня экономика и общество

²² Congressional Records. 1896. Vol. 21.

переживают трансформации, сопоставимые по масштабу с тем, что переживали в ту самую промышленную революцию, движимую паром, сталью, электричеством и железными дорогами, которая и породила антимонопольное законодательство. Эти трансформации, так же как и 100 лет назад, сопровождаются существенным дисбалансом в социально-экономической жизни и заметным ростом неравенства.

В последние 2–3 года проблема слабого антимонопольного регулирования рынков новой экономики стала ключевой в дискуссиях об эффективности инновационной политики в основных мировых юрисдикциях в связи с растущей монополизацией прежде всего высокотехнологических секторов. Как пишет полюбившаяся нам уже благодаря актуальности и содержательности материалов передовица капиталистической экономики «The Economist», «один из признаков того, что монополии стали проблемой в Америке — это то, что Университет Чикаго провел конференцию, посвященную угрозам, которые монополии представляют для крупнейшей экономики мира»²³. Журнал с иронией отмечает, что провести такую встречу в Чикаго — это примерно то же самое, что собраться на симпозиум, посвященный трезвости, в Новом Орлеане, поскольку в 1970-е и 1980-е годы именно экономисты так называемой Чикагской школы провозгласили, что экономическая концентрация не представляет проблем для экономического развития. Их идеи стали в определенный момент мейнстримом, и это привело к тому, что суды и регуляторы по всему миру на два-три десятилетия перешли к гораздо более мягким подходам в антимонопольном регулировании. Однако этот период завершен. «Настроение меняется», как утверждает «The Economist»: «новый консенсус среди экономистов заключается в том, что конкуренция в экономике существенно ослабла, и это плохая новость: это означает, что доминирующие игроки не нуждаются больше в том, чтобы заниматься инновациями так интенсивно, как в прошлом, это также говорит о том, что все больше будет расти неравенство»²⁴.

²³ The University of Chicago Worries about a Lack of Competition // The Economist. 2017. Apr. 12. URL: <https://www.economist.com/news/business/21720657-its-economists-used-champion-big-firms-mood-has-shifted-university-chicago>.

²⁴ Ibid.

Чикагская школа и ее влияние на состояние антимонопольного регулирования по всему миру в 1980-е и 1990-е годы привели к существенному ослаблению указанной гибкости и динамизма антимонопольного права, его способности реагировать на потребности текущего момента, хотя и, по мнению большинства исследователей, придали антимонопольной практике большую предсказуемость и стабильность²⁵. Эта предсказуемость и технологичность в применении антимонопольных правил к капиталистическим рынкам имеет и обратную сторону — она существенно снижает возможности реагирования на реальные, а не формальные вызовы для здоровой и честной конкуренции. Например, одной из новаций указанного этапа развития антимонопольного регулирования в США и странах Западной Европы стала формализация подходов к анализу товарных рынков. Эта модель анализа строилась на представлении о том, что есть четкие товарные и географические границы у рынков, и требовала их формализации до начала любых иных обследований состояния конкуренции. Такой подход очень плохо работает в условиях цифровой экономики, характеризующейся инновационными бизнес-стратегиями, слиянием физического, цифрового и биологического миров и глубокой глобализацией экономической жизни. Например, проф. Янис Лианос, анализируя обозначенные выше трансформации мировой экономики, отмечает следующее: «Очень важно понимать, что такие понятия, как “взаимозаменяемость товаров”, “теория гипотетического монополиста” и др. — это не единственный способ определения рынков»²⁶; «Понятие товарного рынка — это такой же правовой феномен, как и экономический. Что очевидно, так это отсутствие ясных подходов к определению границ товарных рынков в целях антимонопольного регулирования»²⁷. По словам проф. Лианоса, при анализе товарных рынков для защиты конкуренции можно занять две разные позиции — сфокусироваться либо на анализе спроса на соответствующие товары, либо

²⁵ См., например: *Hovenkamp H. The Antitrust Enterprise: Principle and Execution. Harvard Univ. Press, 2008. P. 33.*

²⁶ *Lianos I. Global Value Chains in Competition Law: UCL CLES Research Paper 04/2017 forth. URL: https://apps.eui.eu/Events/download.jsp?FILE_ID=12853.*

²⁷ *Ibid.*

на возможностях экономических агентов по формированию определенного предложения (и через него — порождения нового спроса). В последнем случае в рамках такого анализа конкурентами окажутся компании, обладающие сопоставимыми возможностями, прежде всего технологическими, интеллектуальными и финансовыми, для реализации сопоставимых проектов, направленных на вовлечение потребителей в свои сети. Такие компании могут рассматриваться в качестве конкурентов даже при отсутствии прямой конкуренции их товаров на узко очерченных товарных рынках. «В условиях конвергенции физического, биологического и цифрового миров, наступившей в результате недавних изменений в характере экономического производства, и, как следствие, размытия границ товарных рынков указанный подход больше подходит к экономическим условиям четвертой промышленной революции, чем более узкое определение границ товарных рынков, основанное на понятии взаимозаменяемости товаров с точки зрения текущего потребительского спроса»²⁸.

Обозначенные проблемы в развитии антимонопольного права верно резюмировал лауреат Нобелевской премии по экономике Джозеф Стиглиц: «Более 100 лет конкурентная политика была центральным элементом правовой системы рыночной экономики. За последние 30 лет, однако, охват и эффективность конкурентной политики сильно уменьшились под влиянием определенного типа идей, объяснявших логику работы рынка, — идей, которые впоследствии полностью дискредитировали себя в среде экономистов, но которые продолжают оказывать существенное влияние на практику антимонопольного регулирования. <...> Напротив, происходящие изменения в экономике и в понимании политэкономических процессов делает необходимым не более узкое, а более широкое применение мер конкурентной политики, чем даже задумывалось первыми идеологами антимонопольного законодательства [на заре индустриальной эпохи], и такая необходимость особенно остро ощущается в развивающихся и переходных экономиках»²⁹.

²⁸ Ibid.

²⁹ *Stiglitz J.E.* Towards a Broader View of Competition Policy. Roosevelt Inst. Working Paper. 2017. March 22. URL: <http://rooseveltinstitute.org/towards-broader-view-competition-policy/>.

А72 **Антимонопольное** регулирование в цифровую эпоху: Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции [Текст] : монография / Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики» ; ФАС России ; под ред. А. Ю. Цариковского, А. Ю. Иванова и Е. А. Войниканис. — М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2018. — 311, [1] с. — 200 экз. — ISBN 978-5-7598-1750-5 (в пер.). — ISBN 978-5-7598-1807-6 (e-book).

Настоящая монография представляет собой первое в Российской Федерации комплексное исследование, посвященное защите конкуренции в цифровой экономике. В работе рассматриваются общие вопросы взаимосвязи инновационной и конкурентной политики государства, исследуются актуальные проблемы, связанные с определением доминирующего положения, оценкой экономической концентрации, выявлением и пресечением картелей в условиях цифровой экономики, стимулированием конкуренции в сфере интеллектуальной собственности. Особое внимание уделено российской и зарубежной практике правоприменения. Оцениваются перспективы дальнейшего развития и изменения антимонопольного законодательства.

Для практикующих юристов, научных работников, преподавателей и всех, кто интересуется теорией и практикой антимонопольного регулирования в цифровую эпоху.

УДК 330.4
ББК 65.26

Научное издание

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ

**Как защищать конкуренцию в условиях глобализации
и четвертой промышленной революции**

Зав. редакцией *Е.А. Бережнова*

Художник *Д.И. Веровски*

Компьютерная верстка и графика: *Н.Е. Пузанова*

Корректоры *Е.Е. Андреева, О.А. Каменкова*

Подписано в печать 13.04.2018. Формат 60×88/16. Гарнитура Newton

Усл. печ. л. 18,92. Уч.-изд. л. 17,2. Тираж 200 экз. Изд. № 2168

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»
101000, Москва, ул. Мясницкая, 20, тел.: +7 (495) 772-95-90, доб. 15285