

УДК: 346.546.6

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2018

Большие данные и монополизм техногигантов: взгляд с позиций антимонопольного права

Д. А. Мотовилова,

Университет Турина и
Академия Всемирной
организации по интеллектуальной
собственности (ВОИС),
г. Турин

Аннотация

В статье дается обзор позиций экспертов из США и Европейского союза по проблемам правового регулирования использования больших данных в коммерческой деятельности. Во введении раскрывается понятие больших данных, а также предпосылки принятия Общего регламента о защите данных (GDPR). Далее последовательно излагаются точки зрения американских и европейских экспертов по вопросам защиты конкуренции в цифровой среде, высказанные в ходе 11-й международной конференции «Компьютеры, частная жизнь и защита данных» (Computers, Privacy & Data Protection 2018). Разделяя мнение, что чрезмерная концентрация данных в руках техногигантов является препятствием для конкуренции и инноваций, специалисты предложили свои решения возникшей проблемы.

Ключевые слова: монополия, цифровая экономика, информационные технологии, большие данные, правовое регулирование, персональные данные.

Big data and monopolism of tech giants: the viewpoint of antitrust law

D. A. Motovilova,

University of Turin/ World
Intellectual Property Organization,
Turin

Annotation

The Article reviews the viewpoints of U.S. and EU experts on legal issues of usage of big Data in commercial practice. The introduction defines the notion of “big data” and reveals the background to the adoption of General Data Protection Regulation. Then the main points of American and European experts on protection of competition in digital environment, which were presented at 11th international conference Computers, Privacy & Data Protection 2018, are expounded. Concurring with the idea that excessive concentration of data in hands of tech giants stifles competition and innovation, the speakers proposed their views how to solve this problem.

Keywords: monopoly, digital economy, information technologies, big data, regulation, personal data.

В последние годы одним из наиболее употребительных понятий в контексте развития цифровой экономики стало понятие «большие данные». Довольно распространенными стали представления о больших данных как о «новой нефти», что находит свое подтверждение в постоянно растущих рыночных показателях таких компаний, как Alphabet Inc.¹ и Facebook Inc., активно эксплуатирующих колоссальные массивы данных, генерируемых пользователями. Вместе с тем для многих остается не вполне понятным механизм извлечения прибыли из такого неосязаемого ресурса, как информация.

Термин «большие данные» не имеет единого, устоявшегося определения. Однако как в научной литературе², так и в официальных публикациях³ общепризнанным способом описания феномена больших данных стало указание на его ключевые характеристики: 1) большой объем (volume)⁴; 2) разнообразие (variety)⁵; 3) высокая скорость их сбора и обработки

(velocity)⁶. Новые возможности, открывшиеся благодаря появлению технологий больших данных, позволяют утверждать о смене парадигмы в работе с информацией⁷.

Как любой другой социальный феномен, большие данные несут в себе как новые возможности, так и новые угрозы. С одной стороны, обработка больших массивов информации позволяет выявить ранее скрытые закономерности, тенденции и корреляции, что в свою очередь приводит к более глубокому пониманию наблюдаемых процессов и явлений, а также увеличивает прогностический потенциал⁸. С другой стороны, повсеместное проникновение информационных технологий ставит вопрос о границах личности, об автономии индивида и о возможности (уже утраченной?) выйти из-под тотального контроля со стороны государства и крупнейших корпораций.

С появлением информационных технологий, упростивших и удешевивших сбор, хранение и обработку данных индивидов, возникла необходимость в правовой защите интересов физических лиц, и прежде всего права на неприкосновенность личности и частную жизнь. Уже с середины 70-х гг. XX века в некоторых европейских странах появляются законы, гарантирующие интересы физических лиц при обработке их данных, а в 1981 г. Советом Европы была принята Конвенция о защите физических лиц при автомати-

¹ Материнская компания Google Inc.

² Laney D. 3-D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety // Application Delivery Strategies. META Group. February 6, 2001. URL: <http://blogs.gartner.com/douglaney/deja-vvvue-others-claiming-gartners-volume-velocity-variety-construct-for-big-data/>. Boutin, Xavier and Clemens, Georg, Defining 'Big Data' in Antitrust (March 21, 2017). Competition Policy International: Antitrust Chronicle 2017, Summer 2017, Volume 1, Number 2, p. 22—28. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2938397>.

³ Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data. Council of Europe. Strasbourg. 23 January 2017. www.coe.int/data-protection. ITU. 2015. Recommendation Y.3600. Big data — Cloud computing based requirements and capabilities. www.itu.int/rec/T-REC-Y.3600-201511-I.

⁴ Любопытно отметить, что первым документом, в котором был использован термин “big data”, являлась статья ученых из НАСА. Авторы данной статьи описывали проблему, с которой они столкнулись при визуализации данных. Массивы данных были настолько велики, что возникла необходимость задействовать вычислительные мощности не только основной памяти компьютера, но и локального, и внешнего диска, т. е. для обработки массива данных требовалось использовать дополнительные ресурсы. Gil Press 12 Big Data Definitions: What's Yours? Forbes. 3 September 2014. <https://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats-yours/#2422b46213ae>.

⁵ Технологии больших данных позволяют обрабатывать информацию различных типов (структурированную, полуструктурированную (содержащую метки) и неструктурированную) и различных форматов (текстовую, табличную, аудио, видео и т. д.). См. ITU. 2015. Recommendation Y.3600. Big data — Cloud computing based requirements and capabilities.

⁶ Современные технологии позволяют собирать непрерывно поступающие данные (т. н. потоковые данные — streaming data), которые обрабатываются в режиме реального времени. По словам Тома Дойча, руководителя программы технологии больших данных и прикладной аналитики компании IBM, «потоковая аналитика позволяет вам обрабатывать данные, получаемые при наблюдении явления (during an event), для улучшения результата». Цит. по Davenport T., Barth P., Bean R. How 'Big Data' Is Different // MIT Sloan Management Review 54, no. 1 (Fall 2012). URL: <http://sloanreview.mit.edu/article/how-big-data-is-different/>.

⁷ Так, Международный союз электросвязи (ITU) прямо определяет большие данные как «парадигму для обеспечения сбора, хранения, управления, анализа и визуализации, потенциально с ограничениями в реальном времени, обширных наборов данных с гетерогенными характеристиками». ITU. 2015. Recommendation Y.3600. Big data — Cloud computing based requirements and capabilities.

⁸ К примеру, в 2009 г. инженеры компании Google смогли на основе поисковых запросов пользователей предсказать распространение гриппа в США не только в масштабах страны, но и в отдельных штатах. Причем прогноз осуществлялся в режиме реального времени, а не с опозданием в 1—2 недели, когда информация наконец доходила до центров по контролю и профилактике заболеваний. Позднее эта служба получила название Google Flu trend. См.: Майер-Шенбергер В., Кукьер К. Большие данные. Революция, которая изменит то, как мы живем, работаем и мыслим. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. С. 9—11.

зированной обработке персональных данных⁹. Европейский союз и сегодня остается одним из лидеров в области правового регулирования защиты неприкосновенности частной жизни (privacy) и автономии личности (autonomy of person). 25 мая 2018 г. вступил в силу Общий регламент о защите персональных данных (General Data Protection Regulation, GDPR)¹⁰, установивший единые правила обработки персональных данных, которые распространяются не только на организации, осуществляющие свою деятельность на территории Европейского экономического пространства, но и на любые организации, собирающие или обрабатывающие персональные данные граждан ЕС.

На первый взгляд кажется, что защита персональных данных и защита конкуренции — две самостоятельные и не пересекающиеся сферы регулирования. Однако европейские регуляторы полагают, что в условиях повсеместного распространения информационных технологий более эффективным будет холистический подход (holistic approach)¹¹. Так, по мнению Европейского уполномоченного по защите персональных данных, в условиях экономики, основанной на больших данных, для преодоления возникающих угроз необходимо тесное взаимодействие трех областей регулирования — законодательства о защите персональных данных, о защите конкуренции и о защите прав потребителей, которые имеют общие цели, а именно способствовать развитию процветающего внутреннего рынка и защите индивида¹². Сходной позиции придерживается Европейский комиссар по вопросам конкуренции, утверждая, что нормы о защите персональных данных, о защите конкуренции и о защите прав потребителей сообща вносят вклад в обеспечение справедливых условий и доверия со стороны

граждан¹³. Именно на защиту интересов физических лиц, которые в одних случаях рассматриваются как потребители, а в других как субъекты персональных данных, направлены нормы трех вышеупомянутых отраслей права, следовательно, и применяться они должны согласованно.

В ходе подготовки Общего регламента о защите персональных данных (GDPR) вопросам создания справедливой конкурентной среды было уделено особое внимание. Экспертами был выявлен ряд рисков, связанных с использованием больших данных в коммерческой практике. Во-первых, сокращение издержек на сбор, обработку и хранение данных позволило компаниям создавать чрезвычайно детализированные профили потребителей (profiling¹⁴), а также отслеживать их поведение в реальном времени (tracking). По мнению экспертов, наличие больших массивов данных, а также сложных аналитических средств для их обработки может увеличить экономический дисбаланс между крупными корпорациями с одной стороны и потребителями с другой, что в свою очередь может приводить к ценовой дискриминации¹⁵ в отношении предлагаемых товаров и услуг, а также к крайне навязчивым, агрессивным и персонализированным рекламным сообщениям и предложениям¹⁶. Устранению указанного дисбаланса должны способствовать принципы законности, беспристрастности и прозрачности (lawfulness, fairness and transparency) при обработке персональных данных (ст. 5 GDPR). Во-вторых, данные, собираемые компаниями, зачастую происходят из различных источников, а значит, не всегда могут быть точными и актуальными. Одна-

⁹ Российская Федерация ратифицировала данную Конвенцию в декабре 2005 г., а вслед за этим был принят Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных».

¹⁰ Регламент (ЕС) № 2016/679 Европейского Парламента и Совета ЕС «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС» (Общий регламент о защите персональных данных). Брюссель, 27 апреля 2016 г.

¹¹ См. напр. Giovanni Buttarelli, Privacy and Competition in the Digital Economy, Speaking points at the European Parliament's Privacy Platform. Brussels, 21 January 2015. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-01-21_speech_gb_en.pdf.

¹² Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, 26 March 2014. P. 6. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

¹³ Margrethe Vestager. Big Data and Competition. Speech. 29 September 2016. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en.

¹⁴ Профайлинг — процесс создания «портрета» пользователя — профиля (profile), отражающего значимые социальноэкономические и иные показатели (пол, возраст, предполагаемые доходы, интересы и т.д.), для принятия относящихся к нему решений, а также для анализа и прогнозирования личных предпочтений, образцов поведения и жизненных позиций.

¹⁵ Одним из примеров ценовой дискриминации может являться ситуация, когда потребителю, зашедшему на сайт с устройства Apple, будут демонстрироваться более высокие цены, чем пользователю, работающему на устройстве под управлением операционной системы Windows. См.: Dana Mattioli, On Orbitz, Mac Users Steered to Pricier Hotels. 23 August 2012. The Wall Street Journal. <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304458604577488822667325882>.

¹⁶ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, p. 46. http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

ко эти данные (неточные или недостоверные) могут быть положены в основу решений, непосредственно затрагивающих интересы индивида (например, отказ в кредите). Такое положение дел, по мнению экспертов, может усугублять проблемы социальной изоляции и расслоения¹⁷. Решением данной проблемы может стать наделение субъектов персональных данных правом доступа к своим данным, а также правом требовать исправления неточных или неактуальных данных (ст. 15 и 16 GDPR). В-третьих, основанные на сборе и обработке данных персонализированные цифровые сервисы, предоставляя определенные удобства для потребителей, могут в то же время препятствовать их переходу от одного исполнителя услуги к другому (lock-in effects). Наделение потребителей/субъектов персональных данных правом перемещения данных с одной платформы на другую (right to data portability, ст. 20 GDPR) должно, по замыслу разработчиков, способствовать созданию более конкурентной среды. Кроме того, оно позволит индивидам получить свою долю в богатстве, создаваемом с помощью больших данных ('share the wealth' created by big data), а также будет стимулировать разработчиков предлагать дополнительные функции и приложения для пользователей¹⁸.

Проблемы баланса интересов личности и бизнеса, конкуренции и монополизма в цифровой среде являются в настоящее время предметом многочисленных дискуссий. В преддверии вступления в силу Общего регламента о защите персональных данных (GDPR) одной из дискуссионных площадок стала 11-я международная конференция «Компьютеры, частная жизнь и защита данных» (Computers, Privacy & Data Protection), прошедшая с 24 по 26 января 2018 г. в Брюсселе¹⁹. Примечательным является тот факт, что проблемам защиты конкуренции в цифровой среде были посвящены целых две панели.

Панель под названием «*Приватизация частной жизни: свобода и демократия и угроза со стороны глобальных технологических монополий*» (*Privatisation of Privacy: Freedom and Democracy and the Threat of Global Tech Monopolies*), организованная Британским институтом международного и сравнительного права (British Institute of International and Comparative Law)²⁰ собрала американских специалистов по антимонопольному регулированию. Амери-

канские эксперты сошлись во мнении, что «большая четверка» глобальных ИТ-компаний (Google, Facebook, Apple, Amazon) требует пристального внимания регулирующих органов.

Наиболее острые критические замечания в адрес данных организаций высказал Барри Линн (Barry C. Lynn)²¹. По его мнению, сегодня мы наблюдаем беспрецедентную концентрацию монополистической власти. Причиной сложившейся ситуации стали два обстоятельства. Во-первых, неолиберальная революция (Чикагская школа) сместила фокус антимонопольного законодательства со структуры рынков (препятствование концентрации) на благополучие потребителя. Во-вторых, технологическая революция привела к возникновению так называемой цифровой экономики²².

По утверждению Барри Линна, действующее антимонопольное право бессильно противостоять ИТ-монополиям, поскольку исходит из неверных критериев монополизации. Вместо того, чтобы защищать права гражданина и открытые рынки, Чикагская школа сосредоточила внимание на «благополучии

²¹ Барри Линн (Barry C. Lynn) — американский исследователь и журналист, автор книги «Загнанные в угол: новый монополистический капитализм и экономика разрушения» (Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction. Wiley, 2010). До середины 2017 г. работал в фонде Новая Америка (New America Foundation, подробнее об организации см. <https://www.newamerica.org/>), одним из спонсоров которого была компания Google Inc. В июне 2017 г. Линн опубликовал пост в поддержку решения Европейской комиссии о наложении рекордного штрафа на поисковую систему Google в размере 2,42 млрд евро (текст публикации см. <https://www.newamerica.org/open-markets/press-releases/open-markets-applauds-european-commissions-finding-against-google-abuse-dominance/>). После этого ему было предложено покинуть данную организацию (см. <https://www.theguardian.com/technology/2017/aug/30/new-america-foundation-google-funding-firings>). В настоящее время руководит исследовательской организацией Институт открытых рынков (Open Markets Institute, подробнее об организации см. <https://openmarketsinstitute.org/>).

²² В качестве иллюстрации своего тезиса Линн привел пример книжного рынка в США. По его словам, 35 лет назад на книжном рынке в США с одной стороны находились авторы, сотни издательств, тысячи книгораспространителей (как крупные, так и мелкие книжные магазины), а с другой — миллионы читателей. Сегодня мы наблюдаем единственную компанию — Amazon.com Inc., которая находится между гражданами-писателями и гражданами-читателями, фактически единственного посредника, который контролирует все транзакции между ними. Аналогично Google и Facebook стали главными посредниками между гражданами-репортерами и гражданами-читателями. Они манипулируют потоками информации на своих платформах, обрабатывая потоки информации таким образом, чтобы максимизировать свою прибыль.

¹⁷ Ibid. P. 45.

¹⁸ Ibid. P. 47.

¹⁹ Информация о данной и предшествующих конференциях доступна на сайте <http://www.cpdpcconferences.org/>.

²⁰ Подробнее об организации см.: <https://www.biicl.org/>.

потребителя» (welfare of consumer)²³. Обеспечение благополучия потребителя достигается путем снижения цен, что в свою очередь может быть достигнуто укрупнением предприятий и экономией на масштабе. Однако Линн полагает, что фокус на благополучии потребителя извращает исходные задачи антимонопольного регулирования²⁴, а также существенно сужает арсенал правовых средств, тем самым лишив граждан возможности защищать свои права иными способами.

Возникновение крупных технологических компаний заставляет пересмотреть классические представления о том, что является нарушением законодательства США о защите конкуренции. Google и Facebook предоставляют свои услуги бесплатно, что делает затруднительным применение к ним антимонопольного регулирования, ведь с формальной точки зрения укрупнение этих компаний не ведет к росту цен для потребителей. Однако реальная «цена», которую платят потребители, — это их данные, предоставляемые в обмен на услуги. Именно колоссальный массив данных, накопленный ИТ-монополиями, является основой их процветания и колоссальных прибылей. Вместе с тем, по утверждению Барри Линна, информационная экономика не является чем-то совершенно новым. Более ста лет назад, в эпоху становления железнодорожных компаний и появления крупных корпораций, наблюдался аналогичный дисбаланс власти между рядовыми гражданами и людьми, управлявшими крупнейшими корпорациями. Проблема была решена путем дробления крупных компаний, злоупотреблявших своей монопольной властью. Точно так же нам следует поступить и сегодня — разделить крупнейшие ИТ-компании в целях обеспечения конкуренции и соблюдения принципа сетевой нейтральности.

²³ Идея защиты благополучия потребителя была впервые высказана юристом Робертом Борком (Robert H. Bork) в 1978 г. в книге «Парадокс антимонопольного регулирования» (The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. Basic Books, 1978). В 1979 г. Верховный Суд США прямо сослался на работу Борка в решении *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979). Так доктрина закрепила в судебной практике.

²⁴ «Кажется, что полки магазинов дают вам совершенный выбор, но в реальности всего несколько компаний контролируют эти товары, — утверждает Линн. — Когда у вас всего несколько компаний, управляющих всем, система едва ли обеспечивает то, что обещает». Цит. по David McLaughlin *Forget Consumer Welfare. This Antitrust Movement Targets Power Instead*. Bloomberg Businessweek. 17 January 2018. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-17/forget-consumer-welfare-this-antitrust-movement-targets-power-instead>.

Морис Стукке (Maurice Stucke), признанный эксперт²⁵ и автор книг по проблемам конкуренции в цифровой экономике²⁶, в своем выступлении выделил три сферы, которым угрожают глобальные ИТ-монополии.

Во-первых, техногиганты, находясь между пользователями и производителями товаров и услуг, выступают своего рода «хранителями врат» или «сборщиками податей» (gatekeepers or toll-keepers) и тем самым препятствуют доступу на рынки. Подтверждением данного тезиса может служить расследование Европейской комиссии в отношении сервиса сравнения цен Google Shopping²⁷. Как установила Комиссия, Google Inc., злоупотребляя доминирующим положением на рынке поисковых систем²⁸, незаконно предоставляла преимущество своему сервису путем систематического размещения Google Shopping в верхней части поисковой выдачи над результатами алгоритмического поиска. Кроме того, алгоритмы были настроены таким образом, что конкурирующие сервисы сравнения цен оказывались на четвертой и далее страницах поисковой выдачи Google, что в свою очередь привело к росту трафика Google Shopping и оттоку пользователей у сервисов-конкурентов²⁹. Учитывая длящийся характер и тяжесть нарушения, Европейская комиссия вынесла решение о наложении на компанию Google Inc. рекордного штрафа в размере 2,42 млрд евро.

Во-вторых, крупнейшие ИТ-компании активно вторгаются в сферу частной жизни. По словам Мориса Стукке, сегодня многочисленные устройства постоянно собирают информацию о пользователях: об их интересах (что ищут?) и предпочтениях (что смотрят, слушают, покупают?), перемещениях в пространстве и социальных контактах. Особую озабоченность экс-

²⁵ Морис Стукке является одним из соавторов доклада ОЭСР «Большие данные: изменение политики по защите конкуренции в цифровую эпоху» (Big data: Bringing competition policy to the digital era. OECD Report. 2016). См.: <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>

²⁶ Maurice Stucke and Allen Grunes. *Big Data and Competition Policy* Oxford University Press. 2016; Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke. *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Harvard University Press. 2016.

²⁷ Расследование было начато 30 ноября 2010 г. и завершилось 27 июня 2017 г.

²⁸ Согласно результатам расследования Европейской комиссии, доля Google на рынке поисковых систем с 2009 по 2017 г. в Европейской экономической зоне превышала 90%.

²⁹ По данным Комиссии, с начала злоупотребления доминирующим положением число пользователей сервиса Google Shopping выросло в Великобритании в 45 раз, в Германии в 35 раз, в Нидерландах в 29 раз, в Испании в 17 раз, в Италии в 14 раз.

перта вызывает появление на рынке новой услуги — персональный цифровой помощник³⁰. Постоянно собирая данные о пользователях, зная все об их вкусах и предпочтениях, данные сервисы позволяют создавать наиболее полные профили, которые впоследствии могут быть использованы для разного рода информационных воздействий от таргетированной рекламы до манипулирования поведением.

В-третьих, ИТ-монополии угрожают социально-политической стабильности. Выступая в роли «хранителей врат» и используя неочевидные для рядовых пользователей механизмы, техногиганты определяют, какую информацию получают пользователи, в том числе новости — истинные или ложные (fake news). Информационные посредники приобрели значительную роль не только на микроуровне (решения отдельного индивида), но и на макроуровне, определив исход выборов и политический курс целой страны³¹. Вывод, который делает Морис Стукке, неутешительный: «рыночные силы неспособны исправить ситуацию, поэтому может существовать компания, контролирующая [информационное] пространство на протяжении долгого времени».

На примере компании Amazon.com Inc. Лина Хан (Lina Khan), выпускница Йельского университета и руководитель отдела правовой политики в Open Markets Institute, чья исследовательская работа «Amazon's Antitrust Paradox»³² была удостоена нескольких премий и опубликована в ведущих изданиях, проанализировала источники власти интернет-платформ.

По мнению Лины Хан, таких источников три: 1) ИТ-гиганты контролируют доступ на рынок (gatekeepers, см. выше); 2) они интегрированы³³; 3) они обладают

огромным массивом данных. Добиться присутствия на столь разнообразных рынках Amazon помогла агрессивная стратегия, состоящая из двух слагаемых: 1) ценообразование ниже себестоимости (predatory pricing), позволяющее компании устранять конкурентов; 2) приобретение успешных фирм³⁴. Занимая доминирующее положение на рынке электронной торговли в США³⁵, Amazon стремится стать ведущим посредником между производителями и потребителями (one-stop-shop). Одним из способов захвата рынка стало предоставление сторонним продавцам возможности размещать свои предложения на торговой площадке Amazon. Однако, упростив доступ продавцов к потребителям, Amazon получила уникальную возможность собирать ценную информацию (какие товары продаются, по какой цене и т. п.), которая в дальнейшем используется для прямой конкуренции с независимыми производителями и продавцами. Вывод, к которому приходит Лина Хан: техногиганты используют свою власть для воспрепятствования инновациям.

Панель, собравшая европейских экспертов, получила название «Большие данные: друг или враг потребителей и конкурентной политики?» («Big data: friend or foe for consumers and competition policy?»). В дискуссии, организатором которой выступило Брюссельское представительство Общества юристов Великобритании (Brussels Office of the UK Law Societies)³⁶, приняли участие представители органов Европейского союза, науки и бизнеса.

Сирил Риттер (Cyril Ritter), представитель генерального директората Европейской комиссии по конкуренции (Directorate-General for Competition)³⁷, полагает, что с позиции антимонопольного регулирования очевидны два утверждения. Во-первых, ИТ-платформы не предоставляют достаточно приватности (защиты данных) для своих пользователей/потребителей/клиентов. Во-вторых, вызывает озабоченность растущий риск накопления данных в руках нескольких техногигантов.

Сами данные могут рассматриваться по-разному в зависимости от того, кем является лицо. С позиции

³⁰ Personal digital assistants. В настоящее время почти все ИТ-гиганты предлагают такие сервисы: Alexa (Amazon), Google Assistant, Siri (Apple).

³¹ Озабоченность манипулятивным потенциалом Facebook выражают и те, кто непосредственно принимал участие в создании или функционировании данной платформы. См. Roger McNamee How to Fix Facebook — Before It Fixes Us. Washington Monthly. January/February/March 2018.

³² Лина Хан. Парадокс антимонопольного регулирования Amazon. Lina Khan. Amazon's Antitrust Paradox // Yale Law Journal, Vol. 126, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2911742>. Название работы отсылает к работе Роберта Борка, с которой началась «революция» в антимонопольном регулировании в США.

³³ Как отмечает Хан, Amazon сегодня не только розничный продавец, но и «маркетинговая платформа, служба доставки, платежный сервис, кредитная организация, аукционный дом, крупнейший книжный издатель, продюсер телепередач и фильмов, модный дизайнер, производитель оборудования и ведущий провайдер облачных сервисов и вычислительных мощностей». Lina Khan. Amazon's Antitrust Paradox // Yale Law Journal, Vol. 126, 2017. P. 713.

³⁴ К 2012 г. Amazon приобрела полностью или частично более 70 компаний. Sucharita Mulpuru & Brian K. Walker. Why Amazon Matters Now More Than Ever. Forrester. 2012.

³⁵ В 2017 г. Amazon.com Inc. занимала 44% рынка электронной коммерции в США, или 4% от общих розничных продаж в стране. См. Lauren Thomas. Amazon grabbed 4 percent of all US retail sales in 2017, new study says. CNBC. 3 Jan 2018.

³⁶ <http://www.lawsocieties.eu/>.

³⁷ Официальный сайт Комиссии ЕС по конкуренции http://ec.europa.eu/competition/index_en.html

трейдера, получающего информацию о котировках, или продавца, изучающего поведение потребителей, данные — это результат (output). С этой точки зрения они ничем не отличаются от других результатов и могут быть коммерциализованы. Однако данные могут рассматриваться и как вложения (inputs). К примеру, поисковые сервисы и социальные сети собирают, хранят и обрабатывают данные, полученные от пользователей. С позиции антимонопольного права, по мнению Сирила Риттера, регулятор обычно позволяет накапливать такого рода вложения. Угроза конкуренции возникает лишь в тех случаях, когда в результате слияния образовавшаяся компания приобретет настолько большой объем данных, что он станет непреодолимым препятствием для прочих компаний на рынке³⁸. Наконец, данные могут рассматриваться как «валюта». Позиция, которой придерживается Европейская комиссия по вопросам конкуренции и ее глава Маргрет Вестагер (Margrethe Vestager), состоит в следующем: интернет-услуги предоставляются бесплатно, однако имеют скрытую, неденежную цену — пользователи платят за них своими данными³⁹. Однако, рассматривая данные как «валюту», мы должны иметь в виду не только объем передаваемых персональных данных, но и то, насколько активно эти данные используются (как долго компания хранит данные, кому передает, информирует ли субъектов персональных данных о целях сбора данных).

В будущем, по мнению Сирила Риттера, конкурентным преимуществом компаний может стать именно обеспечение надежной защиты персональных данных (защита данных как элемент качества услуги). В настоящее время уже существуют подобные сервисы: поисковые системы⁴⁰ и социальные сети⁴¹. И хотя пока они носят скорее маргинальный характер, ожидается, что конкуренция в этой сфере будет возрастать.

³⁸ Такого рода действия могут быть квалифицированы с точки зрения права Европейского союза как злоупотребление доминирующим положением (ст. 102 Договора о функционировании Европейского союза).

³⁹ См., например: Margrethe Vestager Competition in a big data world. Speech. 17 January 2016. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en.

⁴⁰ Например, Qwant — поисковая система, создатели которой позиционируют ее в качестве европейской альтернативы Google. В настоящее время интерфейс программы доступен на 26 языках, в том числе и на русском. См.: <https://about.qwant.com/>.

⁴¹ К примеру, Vero — социальная сеть без рекламы и алгоритмов отслеживания действий пользователя. См. <https://www.vero.co/why-vero/>.

Нико ван Эйк (Nico van Eijk)⁴², профессор Университета Амстердама, призывает отказаться от узкоспециализированного подхода при рассмотрении проблем защиты неприкосновенности частной жизни в современном цифровом мире. По его мнению, многие проблемы, которые на первый взгляд относятся к сфере защиты частной жизни, при внимательном рассмотрении оказываются в сфере компетенции антимонопольных органов.

Принимая участие в совместном европейско-американском исследовании проблем защиты неприкосновенности частной жизни “Privacy Bridges”⁴³, профессор Нико ван Эйк, по его словам, был поражен тем фактом, что Европейский орган по защите персональных данных рассматривает Федеральную торговую комиссию США как своего коллегу. Однако при решении вопросов о защите персональных данных Федеральная торговая комиссия использует совершенно иные инструменты, а именно нормы о вводящих в заблуждение и обманных практиках (misleading and deceptive practices)⁴⁴. Вместе с тем в Европе имеются аналогичные и даже более сильные нормы, закрепленные Директивой о недобросовестной коммерческой практике⁴⁵. В частности, Приложение 1 к указанной директиве содержит перечень коммерческих практик, которые при любых обстоятельствах расцениваются как недобросовестные (так называемый черный список⁴⁶) и влекут применение мер ответственности к нарушителю вне зависимости от того, наступил ли ущерб⁴⁷.

⁴² Нико ван Эйк — профессор права медиа и телекоммуникаций, директор института информационного права (Institute for Information Law, <https://www.ivir.nl/>).

⁴³ Privacy Bridges – совместный проект Университета Амстердама (University of Amsterdam) и Массачусетского технологического института (Massachusetts Institute of Technology), задачей которого было исследование сходства и различий двух юрисдикций — европейской и американской. По итогам работы был подготовлен доклад “Privacy Bridges: EU and US Privacy Experts in Search of Transatlantic Privacy Solutions”, который был представлен на международной конференции органов по защите персональных данных в октябре 2015 г. Текст доклада см. <http://privacybridges.mit.edu/>.

⁴⁴ Раздел 5 ст. 5 Федерального закона о торговле (art. 5 sec. 5 in the Federal Trade Act).

⁴⁵ Директива № 2005/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О недобросовестной коммерческой практике по отношению к потребителям на внутреннем рынке (Директива о недобросовестной коммерческой практике)». Принята в г. Страсбурге 11.05.2005.

⁴⁶ https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/unfair-treatment/unfair-commercial-practices/index_en.htm.

⁴⁷ В США, напротив, необходимо доказать наличие ущерба, возникшего в результате такой деятельности.

Директива о недобросовестной коммерческой практике имеет очень широкую сферу применения, защищая экономические интересы потребителей в отношениях между предпринимателем и потребителем. Принимая во внимание, что персональные данные часто продаются третьим лицам и *de facto* имеют экономическую ценность, Нико ван Эйк считает, что соответствующие положения Директивы могут применяться к бизнесу, основанному на данных⁴⁸. Как указывает Европейская комиссия в Руководстве по имплементации/применению Директивы 2005/29/ЕС, нарушение требований о защите персональных данных должно приниматься во внимание при оценке коммерческой практики как «недобросовестной», в особенности в ситуации, когда предприниматель обрабатывает персональные данные потребителей в нарушение норм о защите персональных данных, например, в случаях прямого маркетинга, профайлинга, индивидуального ценообразования или применения технологий больших данных⁴⁹.

Профессор Нико ван Эйк предлагает использовать средства защиты, предоставляемые законодательством о защите потребителей, в дополнение к средствам защиты, которыми располагает законодательство о защите персональных данных⁵⁰. Такой комплексный подход позволит гарантировать более высокий уровень защиты граждан ЕС, принимая во внимание, что законодательство о защите персональных данных и соответствующая практика относительно молоды и пока недостаточно хорошо разработаны в Европе.

Рейган МакДональд (Raegan MacDonald), советник по вопросам соответствия европейскому праву в Mozilla Corp., представила точку зрения индустрии. По ее словам, Mozilla Corp., которая преследует не коммерческие, а скорее идеологические цели⁵¹, всегда разделяла идею, что конкуренция, выбор и децентрализация являются ключевыми факторами здоро-

вой экосистемы Интернета. Однако сегодня Интернет во многом утратил прежний открытый и подрывной (*disruptive*) характер, поскольку доминирующее положение занимают платформы и службы контента, а стартапам становится все труднее конкурировать на равных. По мере того как пространство сужается, доступ к гигантским массивам данных, необходимых для инноваций и конкуренции, все больше концентрируется в руках нескольких игроков, которые по сути препятствуют развитию. В современных условиях на первый план должны выдвигаться принципы открытости, такие как возможность перемещения данных с одной платформы на другую (*portability*)⁵² и способность к взаимодействию (*interoperability*). Право на перемещение данных⁵³, закрепленное регламентом, не только предоставляет субъектам персональных данных контроль над своими данными, но и наделяет их возможностью «проголосовать ногами», т. е. свободно перейти к другому исполнителю услуги. Однако с точки зрения конкуренции пользователь должен иметь реальный выбор, поскольку важно не то, насколько просто пользователь может «извлечь» свои данные, а наличие альтернативных сервисов. По мнению Рейган МакДональд, в условиях отсутствия у потребителя выбора интернет-гиганты не слишком заинтересованы в том, чтобы изменять свои практики к выгоде пользователей. Однако наблюдается и положительная тенденция — защита данных становится конкурентным преимуществом. Эксперт выразила надежду, что в будущем все больше потребителей будет отдавать предпочтение компаниям, предоставляющим более высокий уровень защиты частной жизни.

Ральф Бендрат (Ralf Bendrath)⁵⁴, эксперт по защите данных, принимавший непосредственное участие в подготовке Общего регламента о защите данных

⁴⁸ Nico van Eijk, Chris Jay Hoofnagle, Emilie Kannekens, *Unfair Commercial Practices: A Complimentary Approach to Data Protection*. *European Data Protection Law Review*. Vol. 3. 2017. P. 334.

⁴⁹ Commission, 'Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC' COM(2016) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016SC0163>. P. 24.

⁵⁰ Так, по мнению Нико ван Эйка, ст. 7 Директивы 2005/29/ЕС (Упущения, вводящие в заблуждение) в значительной мере пересекается со ст. 13 (Информация, которая должна предоставляться в случае получения персональных данных от субъекта данных) и 14 (Информация, которая должна предоставляться при получении персональных данных не от субъекта данных) GDPR.

⁵¹ Слоган организации звучит следующим образом: «Интернет для людей, а не для прибыли».

⁵² Согласно ст. 20 Общего регламента о защите данных, «Субъект данных имеет право получить относящиеся к нему персональные данные, которые он предоставил контролеру, в структурированном, универсальном и машиночитаемом формате». Здесь и далее цит. по Регламент (ЕС) № 2016/679 Европейского Парламента и Совета ЕС «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных, а также об отмене Директивы 95/46/ЕС» (Общий регламент о защите персональных данных). Брюссель, 27 апреля 2016 г. Неофициальный перевод Новиковой Е. В. // СПС КонсультантПлюс.

⁵³ О рисках и возможностях, возникающих при взаимодействии информационных систем на уровне стран Европейского союза, см. Доклад Агентства ЕС по основным правам (European Union Agency for Fundamental Rights) *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*. European Union Agency for Fundamental Rights, 2017.

⁵⁴ Старший советник по политическим вопросам депутата Европейского парламента Яна Филиппа Альбрехта (Jan Philipp Albrecht).

(GDPR), указал на конкретные статьи, предназначенные для урегулирования вопросов, связанных с извлечением и использованием больших данных.

Во-первых, ст. 5 GDPR закрепляет принципы беспристрастной (fair) и прозрачной (transparent) обработки данных и коррелирует с требованием справедливых/добросовестных практик ведения бизнеса (fair business practices), которые мы находим в антимонопольном регулировании. Принцип прозрачности обработки далее конкретизируется в ст. 12 GDPR, наделяющей субъекта персональных данных правом получить разъяснения относительно логики, лежащей в основе обработки данных⁵⁵. Наконец, ст. 22 GDPR устанавливает, что в отношении субъекта персональных данных не должны приниматься решения, основанные исключительно на автоматической обработке данных, в том числе формирование профиля (профайлинг), которые могут иметь юридические последствия или иным образом затрагивать интересы субъекта. В процессе принятия решений всегда должна существовать возможность вмешательства человека, а также право получить объяснение (right to explanation), как данное решение было принято в действительности.

Общий регламент о защите данных также содержит специальные нормы, касающиеся вопросов последующей обработки данных в статистических и исследовательских целях. Многие ошибочно считают, что большие данные — это прикладная статистика, а значит, их можно хранить и использовать в статистических целях. Как указывает Ральф Бендрат, статистические и иные исследования допустимы только в отношении обезличенных данных, но не для профайлинга пользователей. Нарушение норм, содержащихся в регламенте, может повлечь для компаний наложение штрафов, максимальный размер которых может достигать 20 млн евро или 4% годового оборота компании (выбирается большая сумма). Вывод эксперта: данные — это не только актив, но и ответственность.

Информация и в особенности большие массивы данных (big data) давно уже стали не только ценным активом, но и значимым фактором в конкурентной борьбе. Однако накопление больших данных крупнейшими корпорациями вызывает озабоченность экспертов по обе стороны Атлантики. Большинство

участников панельных дискуссий выразили озабоченность тем обстоятельством, что всего несколько крупнейших игроков получили возможность извлекать выгоду из данных, генерируемых пользователями. Концентрация данных в руках отдельных корпораций может иметь ряд негативных последствий, как чисто экономических (препятствование доступу на рынок, злоупотребление доминирующим положением, ценовая дискриминация и др.), так и социально-политических (манипулирование информационными потоками, вторжение в частную жизнь). Чрезмерная концентрация информации ведет к сдерживанию инновационного развития и только усиливает монополизм техногигантов. Становится очевидным, что современное антимонопольное регулирование даже в развитых странах не всегда оказывается действенным и эффективным. ■

Литература

1. Майер-Шенберг В., Кукьер К. Большие данные. Революция, которая изменит то, как мы живем, работаем и мыслим. М.: Манн, Иванов и Фербер. 2014.
2. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203. http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.
3. Big data: Bringing competition policy to the digital era. OECD Report. 2016. Available at: <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.
4. Big data — Cloud computing based requirements and capabilities. ITU. 2015. Recommendation Y.3600. www.itu.int/rec/T-REC-Y.3600-201511-I.
5. Bork Robert H. The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. Basic Books. 1978.
6. Boutin Xavier and Clemens Georg. Defining 'Big Data' in Antitrust (March 21, 2017). Competition Policy International: Antitrust Chronicle 2017, Summer 2017, Volume 1, Number 2, p. 22-28. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2938397>.
7. Davenport T., Barth P., Bean R. How 'Big Data' Is Different // MIT Sloan Management Review 54, no. 1 (Fall 2012). URL: <http://sloanreview.mit.edu/article/how-big-data-is-different/>.
8. Ezrachi Ariel, Stucke Maurice E. Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy. Harvard University Press. 2016.
9. European Union Agency for Fundamental Rights, Fundamental rights and the interoperability of EU

⁵⁵ Субъект данных вправе требовать предоставления любой информации или любых сведений, которые касаются обработки его данных «в сжатой, прозрачной, понятной и легкодоступной форме на понятном и простом языке... Информация должна предоставляться в письменной форме или при помощи иных средств, в том числе, при необходимости, при помощи электронных средств связи».

- information systems: borders and security. European Union Agency for Fundamental Rights. 2017.
10. Khan Lina. Amazon's Antitrust Paradox // Yale Law Journal, Vol. 126, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2911742>.
 11. Lauren Thomas. Amazon grabbed 4 percent of all US retail sales in 2017, new study says. CNBC. 3 Jan 2018.
 12. Lynn Barry C. Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction. Wiley, 2010.
 13. Maurice Stucke and Allen Grunes. Big Data and Competition Policy Oxford University Press. 2016.
 14. McLaughlin David. Forget Consumer Welfare. This Antitrust Movement Targets Power Instead. Bloomberg Businessweek. 17 January 2018. Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-17/forget-consumer-welfare-this-antitrust-movement-targets-power-instead>.
 15. McNamee Roger. How to Fix Facebook — Before It Fixes Us. Washington Monthly. January/February/March 2018.
 16. Nico van Eijk, Chris Jay Hoofnagle, Emilie Kannekens. Unfair Commercial Practices: A Complimentary Approach to Data Protection. European Data Protection Law Review. Vol. 3. 2017. P. 325—337. DOI <https://doi.org/10.21552/edpl/2017/3/7>
 17. Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. 26 March 2014. P. 6. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.
 18. Privacy Bridges: EU and US Privacy Experts in Search of Transatlantic Privacy Solutions. Available at: <http://privacybridges.mit.edu/>.
 19. Sucharita Mulpuru & Brian K. Walker, Why Amazon Matters Now More Than Ever. Forrester. 2012.

Сведения об авторе

Мотовилова Дарья Аркадьевна: магистрант программы «Право интеллектуальной собственности» Университета Турина и Академии Всемирной организации по интеллектуальной собственности (ВОИС)

Контактная информация:

Адрес: Via Verdi, 8 — 10124 Turin

Тел.: +7 (926) 274-17-10

E-mail: da.motovilova@gmail.com