



**ДОЧЕНКО
АЛЕКСЕЙ ВИКТОРОВИЧ**

заместитель
руководителя ФАС
России



**ИВАНОВ
АЛЕКСЕЙ ЮРЬЕВИЧ**

директор Института
права и развития
ВШЭ — Сколково,
магистр права
Гарвардского
университета,
магистр частного права

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ, ЦИФРОВЫЕ ПЛАТФОРМЫ И ИННОВАЦИИ: ДЕЛО *GOOGLE* И ВЫРАБОТКА ПОДХОДОВ К ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ В ЦИФРОВОЙ СРЕДЕ

На основе анализа наиболее резонансных кейсов последних лет авторы пытаются показать, какие вызовы для антимонопольного регулирования несет в себе инновационная цифровая среда в контексте действий основных игроков рынка цифровых платформ. В качестве эмпирической основы выступили материалы антимонопольных расследований, проводившихся в отношении компаний *Google* и *Microsoft*. В числе прочего проанализирован уникальный, ранее не освещавшийся в научной литературе опыт противодействия доминирующему положению на указанных рынках со стороны российского регулятора.

Ключевые слова: антимонопольная политика, защита конкуренции в цифровой среде, цифровые платформы, *Google*, *Microsoft*

Новая волна антимонопольной политики в мире

В сентябре прошлого года Федеральная антимонопольная служба (ФАС) приняла знаковое решение¹ о признании компании *Google*² виновной в злоупотреблении своим доминирующим положением на рынке «предустановленных магазинов приложений для операционной системы *Android*»³. Это решение было принято в усло-

¹ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15> (дата обращения: 29.02.2016).

² Речь идет об основной американской корпорации *Google Inc.* и ее ирландской дочке *Google Ireland Limited*. Для простоты всю группу данных компаний в настоящей статье мы называем компанией *Google* или просто *Google*.

³ См.: решение ФАС России от 18.09.2015.



ALEKSEY V. DOTSENKO

Deputy Head
of the FAS Russia

ALEXEY YU. IVANOV

Director at HSE-Skolkovo
Institute for Law and
Development, LLM (Harvard
University), Master of Private
Law

ANTITRUST LAW, DIGITAL PLATFORMS, AND INNOVATIONS: GOOGLE CASE AND THE DEVELOPMENT OF APPROACHES TO THE PROTECTION OF COMPETITION IN THE DIGITAL ENVIRONMENT

On the basis of the most noted cases, including Google and Microsoft, the authors explore the challenges posed to antitrust law by the innovative digital environment in light of the actions of major players in platform markets. Besides, the authors have analysed the unique Russian experience of counteraction to monopolistic activities in digital markets, which has not been covered by the doctrine so far.

Keywords: antitrust policy, protection of competition in the digital environment, digital platforms, Google, Microsoft

виях разворачивающейся в мире напряженной дискуссии о том, какими должны быть подходы к антимонопольному регулированию в стремительно меняющейся области информационных технологий. Бурные научные споры ведутся на фоне целого ряда расследований, начатых антимонопольными органами по всему миру в последние годы.

Краткая хронология этих расследований выглядит следующим образом. В ноябре 2010 г. Европейская комиссия начинает расследование в отношении *Google* по подозрениям в злоупотреблении доминирующим положением в области интернет-поиска⁴. В следующем

году антимонопольное дело по целому ряду оснований, включая манипулирование *Google* своим поисковым и рекламным сервисом в целях ограничения конкуренции и антиконкурентное использование исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, которые являются существенными для развития отрасли⁵, возбуждает американский регулятор. Американское

⁴ См.: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm (дата обращения: 29.02.2016).

⁵ Существенные для стандартов патенты (*Standard Essential Patents*) — это важное понятие американского и европейского антимонопольного права. Если обладатель патента, имеющего ключевое значение для того или иного отраслевого стандарта, отказывается предоставлять права на использование запатентованного изобретения на справедливых, разумных и недискриминационных условиях другим участникам рынка, такие его действия могут быть признаны антиконкурентными и повлечь соответствующие меры юридической ответственности.

дело завершается в 2013 г. мировым соглашением⁶, по которому *Google* обязывается изменить подходы к организации своего сервиса интернет-рекламы и в полной мере соблюдать справедливые, разумные и недискриминационные условия использования своих объектов интеллектуальной собственности, имеющих ключевое значение для развития отрасли. Примечательно, что в своем пресс-релизе Федеральная торговая комиссия США специально отметила, что не посчитала нужным рассматривать вопрос ограничивающих конкуренцию соглашений *Google* с производителями мобильных устройств (правда, без специального упоминания платформы *Android*)⁷. Европейское расследование пока не завершено, но в апреле 2015 г. Европейская комиссия выпустила предварительное заключение о злоупотреблении *Google* доминирующим положением в сфере интернет-поиска в части создания необоснованных преимуществ для собственных продуктов в поисковой выдаче⁸. В том же месяце Комиссия начала новое расследование против компании, связанное уже с подозрениями в злоупотреблении доминирующим положением на рынке мобильных операционных систем и приложений на платформе *Android*⁹. Более того, сразу после вынесения ФАС России решения по делу *Google* в сентябре 2015 г. Федеральная торговая комиссия США объявила о начале собственного расследования в отношении *Google* исключительно по возможным злоупотреблениям с платформой *Android*¹⁰.

Схожие с первым европейским делом антимонопольные расследования в отношении *Google*, основанные

на подозрениях в злоупотреблении доминирующим положением в области поиска и рекламы, возбуждены в 2012 г. в Индии¹¹ и в 2013 г. в Бразилии¹². В сентябре 2015 г. индийский регулятор, в свою очередь, направил *Google* предварительное заключение о виновности компании в злоупотреблении доминирующим положением на рынке поиска и рекламы в Интернете¹³. Оба расследования формально еще не завершены.

В 2011 г. примерно в одно время с американским регулятором дело против *Google* по подозрениям в антиконкурентном поведении на платформе *Android* возбудила Южная Корея¹⁴. Примечательно, что и завершилось оно также вскоре после закрытия американского дела в 2013 г. Корейское антимонопольное ведомствоказалось от дальнейшего расследования, признав убедительными доводы *Google* об открытости платформы *Android*¹⁵. Однако, по сообщениям прессы, в прошлом году корейский регулятор, как и американский, задумался о начале другого более глубокого расследования в отношении поведения *Google* на платформе *Android*¹⁶.

Отдельно стоит отметить решения американского и китайского антимонопольных ведомств 2012 г., касавшиеся одобрения сделки экономической концентрации по приобретению *Google* компании *Motorola*. Эта сделка включала большой пул патентов, имеющих существенное значение для развития телекоммуникационной отрасли. Оба ведомства согласовали сделку с условиями. В частности, в китайском решении от

⁶ URL: <https://ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc> (дата обращения: 29.02.2016).

⁷ «The FTC also conducted an extensive investigation into allegations... that Google entered into anticompetitive exclusive agreements for the distribution of Google Search on both desktop and in the mobile arena. The agency decided not to take action in connection with these allegations». См.: Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search. URL: <https://ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc> (дата обращения: 29.02.2016).

⁸ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm (дата обращения: 29.02.2016).

⁹ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4782_en.htm (дата обращения: 29.02.2016).

¹⁰ См.: McLaughlin D. Google Said to Be Under U.S. Antitrust Scrutiny Over Android. URL: <http://bloomberg.com/news/articles/2015-09-25/google-said-to-be-under-u-s-antitrust-scrutiny-over-android-iezf41sg> (дата обращения: 29.02.2016).

¹¹ URL: http://cci.gov.in/sites/default/files/07302012_0.pdf (дата обращения: 29.02.2016).

¹² URL: <http://ft.com/cms/s/0/cb929a86-32af-11e3-b3a7-00144feab7de.html#axzz41BfWEqXX> (дата обращения: 29.02.2016).

¹³ См.: Srivastava S. Google abused dominance in India, finds Competition watchdog probe. URL: <http://indianexpress.com/article/technology/tech-news-technology/google-misusing-search-dominance-in-india-says-dg-report-to-cci/> (дата обращения: 29.02.2016).

¹⁴ См.: Yang J. Google Faces Antitrust Complaints in Korea on Android Popularity. URL: <http://bloomberg.com/news/articles/2011-04-15/rhn-files-complaints-against-google-to-south-korean-regulator> (дата обращения: 29.02.2016).

¹⁵ См.: Miners Z. South Korea drops antitrust investigation against Google. URL: <http://pcworld.com/article/2044695/s-korea-drops-antitrust-investigation-against-google.html> (дата обращения: 29.02.2016).

¹⁶ См.: Lucic K. Korea Government to Investigate Google's Android OS for Anti-trust Violation <http://androidheadlines.com/2015/08/korea-government-investigate-googles-android-os-anti-trust-violation.html> (дата обращения: 29.02.2016).

Google прямо требовалось: а) сохранить *Android* как открытую и бесплатную цифровую платформу; б) обеспечить недискриминационный доступ к ней всех производителей мобильных устройств; в) использовать исключительные права на объекты интеллектуальной собственности компании *Motorola*, приобретаемые в рамках сделки, только на справедливых, разумных и недискриминационных условиях¹⁷. Возражения американского регулятора касались прежде всего возможности *Google* использовать приобретаемые вместе с *Motorola* интеллектуальные права, имеющие большое значение для развития отрасли, на дискриминационных и несправедливых условиях. Кроме того, американский регулятор особо отметил, что в ряде случаев для ограничения конкуренции могут использоваться не только объекты интеллектуальной собственности, когда они становятся существенными для отрасли, но и выведение на рынок продуктов в режиме открытой лицензии — посредством стимулирования сторонних разработчиков вкладываться в развитие платформы с последующим изменением режима ее использования¹⁸. Как видно, оба решения 2012 г. уже демонстрируют озабоченность возможным отказом *Google* от полноценной открытости платформы *Android*.

Решение ФАС России стало первым положительным решением по делу *Google* в мире. Оказавшись на вершине восходящей волны глобальной антимонопольной практики по данной категории дел, оно неизбежно попало под град критики, ведь на кону стоят принципиальные вопросы о модели защиты конкуренции на цифровых рынках.

¹⁷ URL: <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/domesiticpolicy/201206/20120608199125.html> (дата обращения: 29.02.2016). Более подробный разбор решения китайского регулятора см.: *Neve B.M. China, Google, and the Intersection of Competition and Intellectual Property // North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation.* 213. № 38. Р. 1091.

¹⁸ «After industry participants make complementary investments, abandoning the standard can be extremely costly. Thus, after the standard is set, the patent holder could seek to extract a higher payment than was attributable to the value of the patented technology before the standard was set. Such behavior can distort innovation and raise prices to consumers. A comparable harm may also arise in situations outside of the SSO context where a patent holder's prior actions, such as open source commitments, lead others to make complementary investments». URL: <http://justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-s-antitrust-division-its-decision-close-its-investigations> (дата обращения: 29.02.2016).

В настоящей статье мы постараемся представить ключевые аргументы, которые лежат в основании этого нового движения антимонопольной практики, и посмотреть на возможные сложности и законодательные ограничения, которые мешают наилучшим образом реагировать на вызовы, брошенные антимонопольному регулированию в цифровой среде.

Инновации и антимонопольное регулирование

Цель антимонопольного регулирования — повышение эффективности рыночной экономики посредством преодоления тех ограничений экономического развития, которые устанавливают компании, обладающие значительной рыночной властью, для сохранения своего лидерства за счет торможения остальных (а не за счет улучшения своего предложения на рынке). Этот тезис, лежащий в основании антимонопольного права, стал предметом колоссального числа споров в научной среде, появившихся в связи с приходом в нашу экономическую жизнь Интернета и других информационных технологий.

Суть дискуссии, прекрасно очерченная в программной статье главного экономиста Федеральной торговой комиссии США проф. Г. Шелански¹⁹, состоит в том, что многие критики действующей системы антимонопольного регулирования считают ее неспособной оценить динамику развития рынка, а точнее, их трансформации, если говорить именно об информационных технологиях²⁰.

¹⁹ *Shelanski H.A. Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet // U. Pa. L. Rev.* 2013. Vol. 161. P. 1663–1705. URL: <https://pennlawreview.com/print/Shelanski-161-U-Pa-L-Rev-1663.pdf> (дата обращения: 29.02.2016).

²⁰ Значимая часть дискуссии на эту тему была поднята еще серией антимонопольных дел против компании *Microsoft* в США и Европе. Эта дискуссия неплохо обобщена с критической точки зрения в работе Д. Макгоуэна (*McGowan D. Between Logic and Experience: Error Costs and United States v. Microsoft Corp. // Berkeley Tech. L.J.* 2005. Vol. 20. P. 1185. URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol20/iss2/6/> (дата обращения: 29.02.2016)), а с точки зрения сторонников активного антимонопольного регулирования в цифровую эру — в недавней книге Э. Гэвила и Г. Феста (*Gavil A., First H. The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the Twenty-first Century. Cambridge, 2014*). В отношении эффективности антимонопольных мер, примененных по итогам расследований в США и Европе см. также: *Economides N., Lianos I. A Critical Appraisal of Remedies in the EU Microsoft Cases // Columbia Business Law Review, Vol. 2. 2010. URL: http://ssrn.com/abstract=1523908* (дата обращения: 29.02.2016).



Эта критика исходит из того, что применение к отношениям в новой экономике привычных, сложившихся в традиционных отраслях подходов антимонопольного регулирования к анализу рынков может принести больше вреда, чем пользы. Причина беспокойства кроется в том, что новые рынки имеют свойство постоянно меняться за счет частых разрушающих инноваций (*disruptive innovations*)²¹, которые по мере ускорения технологического развития достигают такой скорости и такой деструктивной силы, что имеющиеся в распоряжении антимонопольных органов инструменты анализа рынков перестают работать. По мнению сторонников этого подхода, цена ошибки в выборе мер антимонопольного регулирования, основанного на анализе рынков и представлении о характере рыночных взаимосвязей, не учитывающих постоянных циклов таких изменений, в условиях новой экономики перевешивает потенциальные плюсы повышения эффективности работы рынков за счет снятия монопольных барьеров.

Квинтэссенция этой позиции применительно к делам против *Google* была сформулирована Дж. Райтом — членом Федеральной торговой комиссии в 2013–2015 гг., присоединившимся в 2016 г. к юридической фирме, представлявшей интересы *Google* в антимонопольных делах, в его совместной статье с проф. Дж. Манном еще в 2011 г., когда только-только было возбуждено первое дело против *Google*²². В своей статье они настаивают на том, что возможная ошиб-

ка в применении антимонопольного регулирования к *Google* может затормозить инновации, тем самым не то что не повысив, но нанеся вред экономической эффективности.

В большинстве своих возражений *Google* вплоть до последнего времени воспроизводил данный тезис в различных вариациях. Например, в своем официальном блоге, реагируя на начало европейского расследования по злоупотреблениям на платформе *Android*, компания сделала акцент именно на пользе от инноваций, которую она приносит своими разработками, меняя рынки, что воспринимается ею как гарантия от возможного антимонопольного расследования²³. Логика защиты *Google* в этом отношении близка линии защиты компании *Microsoft* в серии дел в американской и европейской юрисдикциях, прошумевших в 1998–2009 гг.²⁴ Примечательно, что в ключевом антимонопольном деле против компании *Microsoft* о связывании операционной системы *Windows* и собственного интернет-браузера компания *Google* активно возражала против практики *Microsoft* по размещению функции интернет-поиска в операционной системе *Windows*, снижавшей возможности обращения пользователей к альтернативным поисковым сервисам, таким как *Google*²⁵. Созданный по результатам урегулирования данного антимонопольного дела технический комитет по предложению *Google* всячески старался добиться того, чтобы на платформе *Windows* были предоставлены равные возможности для поиска в Интернете с использованием разных поисковых сервисов²⁶.

Проанализировав различные аспекты антимонопольных дел *Google*, проф. Б. Эдельман из Гарварда отметил редкую схожесть проблем и аргументов, которые рассматривались судами в антимонопольных делах против компании *Microsoft* — о связывании ею своих продуктов (интернет-браузера, серверных рабочих станций и музыкального приложения) с платформой *Windows* и против компании *Google* — о связывании ею своих приложений с платформой *Android*²⁷.

²¹ Концепция разрушающих изменений как неотъемлемого свойства рынков традиционно в экономической науке приписывается Й. Шумпетеру. В своей работе 1942 г. «Капитализм, социализм и демократия» он, в частности писал: «*Capitalism... is by nature a form or method of economic change and not only never is but never can be stationary... The fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers' goods, the new methods of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprise creates... The opening up of new markets, foreign or domestic, and the organizational development from the craft shop and factory to such concerns as U.S. Steel illustrate the process of industrial mutation that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in... [Capitalism requires] the perennial gale of Creative Destruction*». См.: Schumpeter J.A. Capitalism, Socialism and Democracy. London, 1976. P. 82–83.

²² См.: Manne G.A., Wright J.D. Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google // Harvard Journal of Law and Public Policy. 2011. Vol. 34. No. 1. URL: <http://ssrn.com/abstract=1577556> (дата обращения: 29.02.2016).

²³ См.: Android has helped create more choice and innovation on mobile than ever before // Google Official Blog. 2015. 15 Apr. URL: <https://googleblog.blogspot.ru/2015/04/android-has-helped-create-more-choice.html> (дата обращения: 29.02.2016).

²⁴ Подробно об этих делах см.: Gavil A., First H. Op. cit.

²⁵ Ibid. P. 278.

²⁶ Ibid.

²⁷ См.: Edelman B.G. Does Google Leverage Market Power Through Tying and Bundling? // Journal of Competition Law and

В то же время критика антимонопольного преследования компании *Microsoft*, основанная на упомянутой выше шумпетерианской теории быстрой смены рыночных моделей в сфере информационных технологий, была воспринята антимонопольными ведомствами и судами как в США, так и в Европе. В частности, в американском антимонопольном деле против *Microsoft*, касавшемся связывания операционной системы и браузера, суд первой инстанции вынес решение против компании, основываясь на прямом запрете связывать продукты в целях монополизации, закрепленном в Законе Шермана (базовом антимонопольном законе США) и разработанном позднее в ряде решений Верховного суда США²⁸. Для признания компании виновной в нарушении антимонопольных запретов суду было достаточно установить, что операционная система и браузер являются двумя разными продуктами (в этом вопросе суд опирался прежде всего на потребительские предпочтения), что эти продукты связываются производителем, тем самым лишая потребителей выбора, и что производитель обладает существенной рыночной властью на рынке связывающего продукта (в данном случае операционных систем). Установив эти факты, суд применил к *Microsoft* довольно жесткие санкции, вплоть до разделения компании на двух производителей — операционных систем и приложений. Но данное

решение было изменено в апелляции²⁹. Апелляционный суд счел, что в условиях быстро меняющихся рынков информационных технологий антимонопольные запреты должны не применяться автоматически в логике традиционных отраслей, а учитывать динамику разрушающих технологических изменений. В этом деле суд впервые отступил от устоявшейся практики Верховного суда США по оценке антимонопольных нарушений по монополизации и навязыванию товаров доминирующими фирмами, в частности отметив:

«Мы рассматриваем данное дело в условиях горячих дебатов между учеными и практиками о том, насколько представления о монополизации в „традиционной экономике“ могут применяться к компаниям, конкурирующим на динамичных технологических рынках, характеризующихся сетевыми эффектами. На рынках с сетевыми эффектами один продукт или стандарт стремится к доминированию, потому что „удобство, которое получает пользователь от потребления продукта, повышается с числом других пользователей этого продукта“ (*Michael L. Katz & Carl Shapiro, Network Externalities, Competition, and Compatibility*, 75 Am. Econ. Rev. 424, 424 (1985)). Для примера, „привлекательность использования телефонной сети для одного пользователя возрастает с числом других пользователей сети, кому он может позвонить или от кого принять звонок“ (*Howard A. Shelski & J. Gregory Sidak, Antitrust Divestiture in Network Industries*, 68 U. Chi. L. Rev. 1, 8 (2001)). Как только продукт или стандарт получает широкое признание, он становится более или менее доминирующим. Конкуренция в таких отраслях идет скорее „за рынок“, а не „на рынке“ (см.: *Harold Demsetz, Why Regulate Utilities?*, 11 J.L. & Econ. 55, 57 & n. 7 (1968)). На технологически изменчивых рынках такое доминирование может быть временным, поскольку инновации могут изменить рынок полностью (см.: *Joseph A. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy* 81-90 (Harper Perennial 1976)) (1942)). Быстрые изменения в технологиях ведут к рынкам, на которых „компании конкурируют через инновации за временное доминирование, которого они могут быть лишены со следующей волной инновационных продуктов“ (*Shelski & Sidak, at 11-12* (discussing Schumpeterian competition, which proceeds „sequentially over time rather than simultaneously across a

Economics. 2015. Vol. 11, № 2. Р. 28. URL: <http://ssrn.com/abstract=2436940> (дата обращения: 29.02.2016).

²⁸ «Section 1 of the Sherman Act prohibits “every contract, combination... or conspiracy, in restraint of trade or commerce...” 15 U.S.C. § 1. Pursuant to this statute, courts have condemned commercial stratagems that constitute unreasonable restraints on competition... among them “tying arrangements” and “exclusive dealing” contracts. Tying arrangements have been found unlawful where sellers exploit their market power over one product to force unwilling buyers into acquiring another. See *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12, 104 S. Ct. 1551, 80 L. Ed. 2d 2 (1984); *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 6, 78 S. Ct. 514, 2 L. Ed. 2d 545 (1958); *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 605, 73 S. Ct. 872, 97 L. Ed. 1277 (1953). Where agreements have been challenged as unlawful exclusive dealing, the courts have condemned only those contractual arrangements that substantially foreclose competition in a relevant market by significantly reducing the number of outlets available to a competitor to reach prospective consumers of the competitor’s product. See *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320, *47 327, 81 S. Ct. 623, 5 L. Ed. 2d 580 (1961); *Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc.*, 749 F.2d 380, 393 (7th Cir. 1984)» (*United States v. Microsoft Corp.* 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000). URL: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/87/30/2307082/> (дата обращения: 29.02.2016).

²⁹ См.: *United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation*, Appellant. 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). URL: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/253/34/576095/> (дата обращения: 29.02.2016).



market). Microsoft считает, что рынок операционных систем — это именно такой рынок»³⁰.

Принционально согласившись с Microsoft в том, что особенности рынка операционных систем не позволяют применять к нему запрет на монополизацию «в лоб», апелляционный суд посчитал, что все обстоятельства дела тем не менее должны быть подробно изучены с точки зрения оценки возможного ограничения конкуренции и причинения вреда потребителям, и применил правило так называемого разумного подхода³¹. Это правило позволяет антимонопольному органу и суду не концентрироваться на формальных характеристиках дела, а проанализировать, насколько предполагаемые нарушения ведут к ограничению конкуренции и вреду для потребителей. По мнению Г. Шелански, антимонопольные органы после дела Microsoft выработали подходы по разумной оценке антиконкурентных действий на рынках цифровых платформ. Суть такой модели регулирования в том, чтобы понять особенности цифровых платформ и антимонопольные проблемы, которые свойственны именно этому типу рыночных отношений. Г. Шелански отмечает, что антимонопольная практика претерпела существенные изменения. Во-первых, антимонопольные ведомства стали в меньшей степени фокусироваться на определении границ товарных рынков и других структурных презумпциях, и в большей — на антиконкурентных последствиях конкретных действий. Во-вторых, антимонопольное регулирование все чаще принимает во внимание и даже делает основной акцент

на инновациях, рассматривая технологические изменения как неотъемлемую часть экономического анализа по антимонопольным делам. Эти соображения также стали определяющими и в дискуссиях о применении антимонопольных ограничений к хозяйственной практике Google как на рынках поиска и рекламы в Интернете, так и на рынке мобильных операционных систем и приложений. Более того, как мы покажем далее, именно представления о поддержке и дальнейшем ускорении инновационного развития информационной отрасли являлись ключевыми как в российском решении по делу о злоупотреблении Google своим доминирующим положением на платформе *Android*, так и в аналогичных исследованиях в США и Европе.

Цифровые платформы

В науке антимонопольного права под цифровыми платформами принято понимать продукты, с помощью которых осуществляется взаимодействие между потребителями и поставщиками разного рода товаров, услуг и информации³². Платформами могут быть как устройства (телефоны, планшеты), так и программные продукты (операционные системы, браузеры) или информационные сервисы (поисковые движки, социальные сети). Функционально цифровые платформы решают две основные задачи: во-первых, играют роль точки входа для потребителей по получению товаров и услуг, выходящих за пределы функциональности самой платформы; во-вторых, предоставляют предпринимателям возможность предложить свои товары и услуги большому числу потребителей.

В сфере информационных технологий за относительно короткий период их бурного развития возникло и исчезло уже несчетное число цифровых платформ. Какие-то из них, впрочем, стали экстремально популярны и заняли такое положение на рынке, которое невозможно назвать иначе как доминирующими. В подобных случаях, когда цифровая платформа становится доминирующей, последствия для конкуренции и развития рынков могут быть поистине чрезвычайными. Сложность антимонопольных проблем, вызываемых оценкой последствий доминирования цифровых платформ, описывается в науке конкурентного права следующими обстоятельствами.

³⁰ United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant. 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

³¹ В частности, суд отметил: «*The District Court concluded that Microsoft's contractual and technological bundling of the IE web browser (the “tied” product) with its Windows operating system (“OS”) (the “tying” product) resulted in a tying arrangement that was per se unlawful. We hold that the rule of reason, rather than per se analysis, should govern the legality of tying arrangements involving platform software products. The Supreme Court has warned that “[i]t is only after considerable experience with certain business relationships that courts classify them as per se violations...” (Broad. Music, Inc. v. CBS, 441 U.S. 1, 9 (1979) quoting United States v. Topco Assocs., 405 U.S. 596, 607-08 (1972)). While every “business relationship” will in some sense have unique features, some represent entire, novel categories of dealings. As we shall explain, the arrangement before us is an example of the latter, offering the first up-close look at the technological integration of added functionality into software that serves as a platform for third-party applications. There being no close parallel in prior antitrust cases, simplistic application of per se tying rules carries a serious risk of harm*» (United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant. 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

³² См.: Shelanski H.A. Op. cit. P. 1665.

Во-первых, доминирование цифровой платформы, являющейся точкой входа для потребителей и каналом продаж для предпринимателей, может иметь колоссальный мультиплективный эффект. «Попросту говоря, если вы контролируете „бутылочное горлышко“, через которое осуществляется доступ ко всему вообще, вы можете извлекать доход из всего вообще», — шутит проф. Шелански³³. Если обычный монополист контролирует только рынок товара, который он производит, то монополист, владеющий цифровой платформой, контролирует не только рынок собственных услуг, но и другие рынки, связанные с платформой.

Во-вторых, цифровые платформы — это классические многосторонние рынки³⁴, на которых осуществляется взаимодействие сразу нескольких групп потребителей. Платформы выступают посредниками между этими группами, которые нуждаются в таком взаимодействии, но не могут осуществлять его столь же эффективно в отсутствие платформы. Ключевой проблемой антимонопольного анализа многосторонних рынков является определение границ анализируемого товарного рынка, учитывая, что некоторые группы потребителей могут получить услуги от платформы «за нулевую цену»³⁵. Как отмечается в литературе, подобные услуги не являются бесплатными, поскольку «потребители платят своим вниманием и информацией»³⁶.

Отсутствие понятного механизма оценки вреда для потребителей, который на традиционных рынках проявляется в повышении цен, является новой для антимонопольного права проблемой, поднятой цифровыми платформами.

В-третьих, пользовательская информация³⁷ является ключевым элементом в бизнесе цифровых платформ.

³³ *Shelanski H.A.* Op. cit. P. 1676.

³⁴ См.: *Auer D., Petit N.* Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy // The Antitrust Bulletin. 2015. Vol. 60. P. 426–461. URL: <http://abx.sagepub.com/content/60/4/426.full.pdf+html> (дата обращения: 29.02.2016).

³⁵ Более подробно о концепции «нулевой цены» в антимонопольном праве см.: *Newman J.M.* Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations // University of Pennsylvania Law Review. 2014. Vol. 164. URL: <http://ssrn.com/abstract=2474874> (дата обращения: 29.02.2016).

³⁶ *Ibid.* P. 149.

³⁷ Под данным понятием мы имеем в виду информацию самого разного рода — от профилей в социальных сетях и учетных записей в магазинах приложений до неанонимных поисковых запросов и просмотров видео.

Это не просто средство повышения эффективности, а тот единственный инструмент, который наделяет цифровые платформы рыночной властью. Пользовательская информация обычно выполняет три функции в работе цифровых платформ: 1) это фактор производства, который позволяет платформе повышать свою эффективность; 2) стратегический ресурс, с помощью которого платформа может удерживать лидерство на рынке, ограничивая вход на него конкурентов; 3) торгуемый актив, который владелец платформы продает на рынке тем, кто не может собрать нужную пользовательскую информацию³⁸.

В-четвертых, цифровые платформы могут удерживать рыночное лидерство за счет так называемых сетевых эффектов, суть которых состоит в том, что ценность платформы для новых пользователей возрастает с увеличением общего числа пользователей. Кроме того, сетевые эффекты на многосторонних рынках усиливаются еще и тем, что общее число потребителей на одной стороне платформы усиливает заинтересованность в ней потребителей на другой стороне. Одним из способов удержания платформой рыночного доминирования за счет использования сетевых эффектов является затруднение ухода с нее имеющихся пользователей. Популярная платформа может существенно выигрывать от вкладов своих пользователей в ее развитие³⁹, при этом ограничивая им возможность уйти.

И наконец, в-пятых, ключевой характеристикой цифровых платформ является имманентно присущий им инновационный процесс. Как отмечает Г. Шелански, «процесс инновации и производства, по сути, одно и то же для многих продуктов и сервисов цифровых платформ»⁴⁰. При этом важно иметь в виду, что платформы запускают процесс непрерывных инноваций, в который вовлекаются многие пользователи платформ, вносящие иногда очень заметный вклад в совершенствование их работы.

Перечисленные пять характеристик ставят перед антимонопольным регулированием, по мнению проф. Шелански, следующие задачи: а) учесть в антимонопольном анализе ключевую роль, которую играет пользовательская информация в работе цифровых

³⁸ *Shelanski H.A.* Op. cit. P. 1679.

³⁹ *Ibid.* P. 1683.

⁴⁰ *Ibid.* P. 1685.



платформ; б) включить в антимонопольный анализ оценку негативных и положительных воздействий поведения владельцев цифровых платформ на тот самый инновационный процесс, который критики активного антимонопольного регулирования боятся ограничить⁴¹.

Применительно к сбору и обороту пользовательской информации ключевым риском является стремление владельцев цифровых платформ концентрировать массивы пользовательских данных не столько для повышения качества своих услуг, сколько для создания конкурентам препятствий по выходу на рынок.

Сбор и концентрация информации о пользователях становится в значительной степени самоцелью, обеспечивающей стабильность рыночного положения платформы. При этом традиционный антимонопольный анализ не рассматривает такую информацию как актив, влияющий на оценку рыночной власти. Точнее, этот актив не может быть явно оценен в деньгах (будь то стоимость или сумма оборота). Как результат, экономическая концентрация и усиление рыночной власти происходит «ниже чувствительности радаров» антимонопольного права, ориентирующегося в анализе преимущественно на цены. Однако учитывая, что платформы оказывают потребителям большинство услуг «бесплатно», антимонопольное регулирование не может в должной степени описать процесс конкуренции между платформами в категориях, отражающих реальное экономическое соперничество. Например, владельцы платформ, будучи заинтересованными в максимально гибком использовании собранных пользовательских данных, нередко соревнуются в изобретательности в части формулирования условий пользовательских соглашений, позволяющих использовать пользовательскую информацию в самых разных целях, не всегда связанных с улучшением самих предоставляемых услуг⁴². А поскольку пользователи не всегда могут или готовы сравнивать режимы использования их данных разными платформами, в том числе из-за доминирования в какой-либо момент одной платформы, вопрос о справедливом и проконкурентном режиме оборота пользовательской информации становится очень важным. Так, уже стиму-

лизование конкуренции (вместо поощрения монополизации) между платформами может создать условия для оценки потребителями разных моделей использования их данных, что практически невозможно в условиях доминирования одной платформы⁴³.

Таким образом, активная антимонопольная политика может привести к более добросовестному и проконкурентному обороту ключевого актива цифровой экономики — пользовательской информации.

Инновации как фактор конкуренции на рынке цифровых платформ также могут находиться в фокусе антимонопольного права, которое традиционно рассматривало технологическое развитие как важную цель снятия барьеров для добросовестной и свободной конкуренции. Однако применительно к цифровым платформам эта задача должна решаться еще и за счет оценки того, насколько доминирующие участники рынка создают искусственные препятствия для инновационных прорывов на рынке, ограничивающие силу и скорость разрушающих изменений в надежде затянуть переход рынка к новому состоянию. Цикл технологических инноваций в информационной сфере обычно включал как открытое и свободное использование новых технологий и постепенное получение ими признания у потребителей, так и стремительный переход к закрытости и тотальному контролю. К примеру, подробно исследовав самые разные отрасли информационных технологий в истории США — от телеграфа и радио до компьютеров и смартфонов, проф. Т. Ву из Колумбийского университета в своей известной книге «Центр управления: подъем и падение информационных империй» продемонстрировал, что «...[и]стория показывает типическую модель развития информационных технологий: от чьего-то хобби до чьей-то индустрии; от нелепой вещицы до уникального промышленного изделия; от пространства свободного доступа и оборота информации до жестко контролируемого одной корпорацией или картелем канала — от открытой системы к закрытой»⁴⁴. Ученый называет эту закономерность циклом и настаивает на его постоянстве. Более того, он отметил, что в капиталистической экономике естественная монополизация новой отрасли приводит обычно к тому, что государство в лице антимо-

⁴¹ Ibid. P. 1686.

⁴² Об этом см., напр.: Farrell J. Can Privacy Be Just Another Good? // Journal on Telecommunications & High Technology Law. 2012. Vol. 10. P. 251, 254. URL: http://jthtl.org/content/articles/V10I2/JTHTLv10i2_Farrell.pdf (дата обращения: 29.02.2016).

⁴³ Ibid. P. 261.

⁴⁴ Wu T. The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires. Knopf, 2010. P. 6.

ннопольных органов реагирует на сложившуюся чрезмерную закрытость новой отрасли путем принятия жестких регуляторных мер к повышению открытости. И цикл повторяется, зарождаясь в новом пространстве открытого рынка, возникшего после жесткого антимонопольного вмешательства государства.

Именно так произошло с с *AT&T* — телеграфно-телефонной империей XX в., с голливудскими киностудиями, с *IBM*, *Microsoft* и др. В отношении каждой из этих империй государство возбуждало антимонопольные дела, когда они достигали пика могущества, но цикл уже приближался к своей финальной фазе. Т. Ву показывает в своей книге, что все крупнейшие империи в области информационных технологий в конце цикла сдерживали инновационное развитие, ограничивая распространение новых технологий и всеми силами вкладываясь исключительно в сохранение вожделенного статус-кво.

|| И только антимонопольное вмешательство помогало перезапустить инновационный цикл.

Характерен пример с мировым лидером телефонной связи прошлого века *AT&T*⁴⁵. «Настоящая проблема с *AT&T* стала очевидна только после того, как государство приняло решительные меры, чтобы разделить монополию: волна за волной новые продукты и сервисы стали заполнять рынок, начиная от голосовой почты и заканчивая Интернетом, — стало понятно, насколько фундаментально система, построенная Беллом, сдерживала прогресс»⁴⁶. Подобный тезис высказывает и Г. Шелански: «Если шумпетерианская теория верна, тогда, однако, верно и то, что любое сдерживание инновационного развития будет иметь негативные последствия для общества — неважно, исходит оно от государственного регулирования или поведения доминирующих участников рынка. Естественным следствием аргумента Шумпеп-

тера является то, что фирма, имеющая рыночную власть, если действует в своем экономическом интересе, будет заинтересована воздействовать на цикл „созидающего разрушения“ путем сдерживания возможностей конкурентов по созданию новых продуктов и сервисов, которые могут угрожать ее доминированию»⁴⁷. Характерна в связи с этим высказываемая в науке позиция о сути дел против *Microsoft*: «*Microsoft* не отстал в инновациях от своих конкурентов из-за антимонопольного преследования; напротив, он привлек внимание антимонопольных органов тогда, когда стал отставать в инновационной гонке и начал отвечать тем, что использовал свою рыночную власть, чтобы остановить разрушающие технологические изменения его более инновационных конкурентов»⁴⁸. Учитывая указанные выше особенности цифровых платформ, на этом рынке искушение и возможности доминирующих фирм сдерживать инновационный цикл чрезвычайно велики. В этом ключе перед антимонопольными органами как России, так и других стран стоит важный вопрос: какие конкретно действия *Google* как владельца платформы *Android* представляют угрозу для инновационного развития отрасли?

Открытость как предлог

В большинстве своих возражений, касающихся претензий антимонопольных ведомств, *Google* ссылается на открытость платформы *Android*⁴⁹. Более того, тезис о том, что *Android* — это действительно открытая система, стал лейтмотивом высказываний привлекаемых компанией *Google* защитников ее позиции⁵⁰. И этот аргумент используется не зря: очевидно, что компания извлекла урок из дел *Microsoft* и не хочет выглядеть так, будто она подошла к концу инновационного цикла. В связи с этим важно определить, что понимается под открытостью в

⁴⁵ *AT&T* — ведущий телекоммуникационный конгломерат США прошлого века, основанный А. Беллом, одним из основоположников телефонии. В 1974 г. американские антимонопольные органы возбудили дело против компании, обвиняя ее в использовании доминирующего положения для ограничения конкуренции. Расследование и последовавшая за ним серия разбирательств длились до 1984 г., когда компания в качестве мер антимонопольного воздействия была окончательно разделена на несколько региональных операторов телефонной связи. Более подробно об этом деле см.: *Pinheiro J. AT&T Divestiture & the Telecommunications Market // Berkeley Tech. L.J. 1987. Vol. 2. P. 303. URL: http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol2/iss2/5* (дата обращения: 29.02.2016).

⁴⁶ *Wu T. Op. cit. P. 307.*

⁴⁷ *Shelanski H.A. Op. cit. P. 1693.*

⁴⁸ *Gavil A., First H. Op. cit. P. 310*

⁴⁹ См., напр., публикацию лоббистской группы, представляющей интересы *Google* в антимонопольных делах: *O'Connor D. Time to Stick a Fork in These Android Competition Complaints. URL: http://project-disco.org/competition/061615-time-to-stick-a-fork-in-these-android-competition-complaints/#.VsxkQk35fx6* (дата обращения: 29.02.2016).

⁵⁰ См., напр., подробную статью проф. Кёбера, подготовленную по заказу *Google*, в которой он специально и неоднократно повторяет, что *Android* — это открытая платформа *Koerber T. Let's Talk About Android — Observations on Competition in the Field of Mobile Operating Systems (July 4, 2014). URL: http://ssrn.com/abstract=2462393* (дата обращения: 29.02.2016).



в этом контексте. *Android* — это операционная система для мобильных устройств, построенная на базе *Linux* — распространенной платформы с открытым кодом. Как известно, группа разработчиков *Android* запустила проект в начале 2000-х гг., а в 2005 г. его приобрел *Google*. В 2007 г. президент *Google* С. Брин презентовал *Android* как прямой аналог *Linux* для мобильных устройств с полностью открытым кодом и возможностью любого использования разработчиками⁵¹.

Тезис открытости заявлен *Google* как определяющий стратегию своего развития.

В своем официальном блоге руководство *Google* утверждает, что компания верит в приоритет открытых систем и понимает под ними открытые технологии (стандарты и код) и информацию⁵². Генеральный директор *Google* Э. Шмидт в стратегическом плане компании за 2009 г. доводит принцип открытости до предела, заявляя, что *Google* ратует за по-настоящему открытый Интернет и «не старается всеми силами удержать пользователей, а позволяет им легко переходить к конкурентам»⁵³. Применительно к платформе *Android* в 2011 г. руководитель компании также писал, что «самая большая ценность *Android* в том, что он стимулирует конкуренцию на всех уровнях мобильного рынка, включая конкуренцию между разработчиками приложений»⁵⁴.

В деле ФАС России о злоупотреблении *Google* своим доминирующим положением на платформе *Android* было установлено, что:

1) *Google* навязывал производителям мобильных устройств на операционной системе *Android*, которые хотели установить магазин приложений, *Google Play* как ключевой элемент пользовательской функциональности данной операционной системы, а также другие свои продукты, в которых производители не были заинтересованы;

⁵¹ См.: <http://youtube.com/watch?v=1FJHYqE0RDg> (дата обращения: 29.02.2016).

⁵² См.: The meaning of open // Google Official Blog. 2009. 21 Dec. URL: <https://googleblog.blogspot.ru/2009/12/meaning-of-open.html> (дата обращения: 29.02.2016).

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Winkler R. Android's 'Open' System Has Limits. To Get Access to Key Google Apps, Device Makers Abide by Company's Strict Terms. URL: <http://wsj.com/articles/SB1000142405270230488404579378850231234912> (дата обращения: 29.02.2016).

2) навязываемые вместе с *Google Play* приложения по указанию доминанта должны были быть размещены в приоритетных местах на экране мобильного устройства;

3) вместе с магазином *Google Play* компания навязывала предустановку своего поискового сервиса в качестве сервиса по умолчанию» для мобильного устройства;

4) наконец, *Google* прямо запрещал (или препятствовал путем материального стимулирования) предустановку производителями мобильных устройств продуктов конкурирующих компаний.

Как согласуются данные нарушения с заявленной *Google* открытостью платформы *Android* и насколько обоснованными были меры антимонопольного реагирования в данном деле с точки зрения стимулирования инновационного развития отрасли?

Напомним основные вехи развития платформы *Android*. С середины 2010 г. ее популярность стремительно росла. Основным стимулом роста стала дешевизна этого программного продукта (как программа с открытым кодом она распространялась бесплатно) для производителей, притом что основные конкурирующие платформы (*Apple*, *Blackberry* и *Windows*) были закрытыми и распространялись по лицензии с выплатой роялти. Кроме того, огромную роль сыграло и увеличивающееся число разработчиков, вкладывающихся в постоянное улучшение платформы и наполнение ее различными приложениями. Первые версии платформы (до марта 2012 г.) не имели магазина приложений *Google Play*, а использовали для распространения приложений сервис *Android Market*⁵⁵. *Android* того времени в высокой степени можно назвать классическим открытым продуктом, построенным по модели *Linux*. Рыночные аналитики того периода задавались вопросом, зачем *Google* вкладывается в разработку платформы, на которой не планирует зарабатывать. Основным аргументом представлялось то, что *Google* таким образом охраняет свой основной бизнес поиска и рекламы в Интернете от возможных покушений на

⁵⁵ См.: Introducing Google Play: All your entertainment, anywhere you go // Google Official Blog. 2012. 6 March. URL: <https://googleblog.blogspot.ru/2012/03/introducing-google-play-all-your.html> (дата обращения: 29.02.2016).

него со стороны владельцев популярных тогда операционных систем для мобильных устройств по продвижению альтернативных *Google* сервисов⁵⁶. Этот тезис полностью вписывается в логику развития компании и соответствует ее позиции в деле против *Microsoft*, когда *Google*, испугавшись, что *Microsoft* за счет интеграции браузера в операционную систему *Windows* сможет оказывать влияние на потребителей в выборе также и поискового сервиса, настаивала на дезинтеграции браузера и операционной системы *Microsoft*. Для *Google* было важно, чтобы на рынке смартфонов, самом растущем с точки зрения пользования Интернетом, была операционная система, которую не контролирует никто из действующих или возможных конкурентов компании. Самым простым выходом был выпуск программного решения на открытом коде и предоставление производителям возможности его бесплатного использования. Решение, действительно, оказалось удачным, и в силу своей открытости и привлекательности для разработчиков *Android* быстро стал лидером рынка.

Сейчас на *Android* работает до 80% всех мобильных устройств в мире⁵⁷.

Вскоре после того, как *Android* набрал такую популярность, *Google* стал постепенно усиливать контроль над платформой.

В подробном обзоре, опубликованном на портале *Ars Technica*, продемонстрировано, как происходил этот процесс по нескольким направлениям⁵⁸. Во-первых, повышалась доля закрытого программного кода, причем по мере выпуска новых версий платформы *Google* сознательно заменял разные ее функции своими собственными закрытыми решениями (например, в 2012 г. это коснулось магазина приложений). Во-вторых, несмотря на то что *Google* изначально позиционировал *Android* как открытую платформу типа

⁵⁶ См.: Gurley B. The Freight Train That Is Android. URL: <http://abovethecrowd.com/2011/03/24/freight-train-that-is-android/> (дата обращения: 29.02.2016).

⁵⁷ См.: Gartner Says Smartphone Sales Surpassed One Billion Units in 2014. URL: <http://gartner.com/newsroom/id/2996817> (дата обращения: 29.02.2016).

⁵⁸ Amadeo R. Google's iron grip on Android: Controlling open source by any means necessary. Android is open — except for all the good parts. URL: <http://arstechnica.com/gadgets/2013/10/googles-iron-grip-on-android-controlling-open-source-by-any-means-necessary/1/> (дата обращения: 29.02.2016).

Linux, с которой любой разработчик может делать все, что захочет, *Google* же стал всеми силами препятствовать успешности альтернативных версий *Android*, над которыми он терял контроль. Для этого компания разработала систему аккредитации так называемой *Android*-совместимости для мобильных устройств. Производителям мобильных устройств предлагалось выбрать: либо производить совместимые устройства, сертифицированные *Google*, либо производить любые другие устройства на платформе *Android*, которые не сертифицированы, но с которыми нельзя совмещать приложения *Google*⁵⁹. И наконец, стандарты и протоколы, используемые в созданных компанией приложениях для *Android* (такие, как *Youtube*, «Карты» и проч.), сознательно были разработаны таким образом, что не могли функционировать на несертифицированных версиях платформы⁶⁰.

В 2014 г. в прессу попали ранее скрываемые *Google* документы, описывающие отношения между компанией и производителями мобильных устройств⁶¹. Эти документы включали соглашение о распространении мобильных приложений (*Mobile Application Distribution Agreement*), в котором *Google* прямо требовал от производителей, желающих работать с одобренной и поддерживаемой версией *Android*, соблюдать целый ряд требований, касающихся как позиционирования разных коммерческих продуктов *Google* на платформе, так и установления поискового сервиса *Google* по умолчанию в качестве основного на устройстве.

Такое требование может быть оценено как подспудное навязывание покупателям мобильных устройств своего ключевого сервиса через использование влияния на платформу *Android*.

⁵⁹ См.: Brodkin J. Google blocked Acer's rival phone to prevent Android "fragmentation" <http://arstechnica.com/gadgets/2012/09/google-blocked-acers-rival-phone-to-prevent-android-fragmentation/> (дата обращения: 29.02.2016).

⁶⁰ См.: Amadeo R. Google's iron grip on Android: Controlling open source by any means necessary. Android is open — except for all the good parts. URL: <http://arstechnica.com/gadgets/2013/10/googles-iron-grip-on-android-controlling-open-source-by-any-means-necessary/4/> (дата обращения: 29.02.2016).

⁶¹ См.: Winkler R. Documents Shed Light on Google Rules for Android. URL: <http://blogs.wsj.com/digits/2014/02/12/documents-shed-light-on-google-rules-for-android/> (дата обращения: 29.02.2016).



Все эти обстоятельства стали предметом подробного исследования со стороны ФАС России, предполагавшего среди прочего анализ конфиденциальной информации, представленной *Google* под условием неразглашения. В настоящей статье мы хотим лишь разобраться, насколько описанный подход *Google* к контролю над когда-то открытой, а ныне контролируемой доминирующей цифровой платформой соотносится с описанными ранее законами конкуренции на быстро меняющихся рынках информационных технологий. На наш взгляд, указанные антконкурентные практики *Google* в очень высокой степени схожи с действиями, которые предпринимал *Microsoft* для того, чтобы связать свои менее успешные продукты с доминирующей платформой *Windows*. Но если *Microsoft* пытался заместить своими собственными продуктами появляющиеся на рынке продукты с открытым кодом (в американском деле — это браузер *Mozilla*, а в европейском деле, посвященном серверным рабочим станциям, это программные продукты *Samba* и подобные⁶²), то *Google*, наоборот, использовал открытую платформу для захвата рынка, а потом решил конвертировать успех открытого кода в собственный доход. В связи с этим уместно вспомнить, что еще в 2013 г. американский регулятор высказывал озабоченность, что выведение на рынок продуктов в режиме открытой лицензии может выполнять антконкурентную функцию, если оно стимулирует сторонних разработчиков вкладываться в развитие платформы, а владелец такого открытого продукта потом меняет режим его использования⁶³. Постепенный, но неуклонный процесс превращения открытой платформы *Android* в закрытую операционную систему *Google* для мобильных устройств происходит на наших глазах. Характерно, что попытка *Google* прибегнуть к антконкурентным практикам для удержания своего лидерства на рынке, как и в делах против *Microsoft*, происходит тогда, когда у компании уже начинаются проблемы. Так, по данным за прошлый год, *Android* медленно, но уверенно теряет рынок: с одной стороны, его поджимает *Apple*, увеличивающий продажи в верхнем сегменте, а с другой — более дешевые и не сертифицированные *Google*-версии платформы, например китайские

Xiaomi или *Cyanogen*⁶⁴. Если с *Apple* *Google* может договориться (как недавно стало известно, в 2014 г. компания заплатила более 1 млрд долл. за то, чтобы поиск *Google* оставался предустановленным по умолчанию в устройствах *Apple*⁶⁵), то с производителями дешевых версий *Android*, не обеспеченных сервисами *Google*, это будет сделать сложнее. Единственный путь — оказывать давление на производителей мобильных устройств, используя свое пока еще доминирующее положение на рынке, чтобы замедлить неизбежные разрушительные изменения.

Приближающийся конец инновационного цикла заставляет *Google* действовать не вполне в духе открытости и честной конкурентной борьбы, стараясь удержать рыночную власть любыми средствами. Для того чтобы такого рода методы не привели к сдерживанию инноваций, и нужны эффективные меры антимонопольного регулирования, которые должны помочь поскорее перезапустить цикл созидательного разрушения для общественного блага.

Вместо заключения

Дело *Google* — это только начало российской антимонопольной практики в области рынков новой экономики, которые становятся центром антимонопольной политики во всех странах, вставших на путь инновационного развития. Антимонопольное право может эффективно перезапускать инновационный цикл и расширять «тонкие места» в структуре рынков, мешающие прорастанию нового. Очевидно, однако, что еще многие аспекты регулирования и функционирования антимонопольных институтов нуждаются в серьезной доработке. Например, только в российском деле *Google* в качестве аргумента защиты использовал исключение, предусмотренное ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции, для прав интеллектуальной собственности. В любой другой юрисдикции,

⁶² Подробнее см.: <https://fsfe.org/activities/ms-vs-eu/monti-samba-submission.pdf> (дата обращения: 29.02.2016).

⁶³ См.: <http://justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-s-antitrust-division-its-decision-close-its-investigations> (дата обращения: 29.02.2016).

имеющей дело с новыми рынками, такой аргумент защиты прозвучал бы просто абсурдно, поскольку интеллектуальные права могут быть таким же фактором монополизации и сдерживания развития, как и вещная собственность монополиста. Совершенствование российского антимонопольного законодательства и практики — один из важных аспектов стимулирования инновационного развития нашей страны.

References

- McLaughlin, D. Google Said to Be Under U.S. Antitrust Scrutiny Over Android, available at: <http://bloomberg.com/news/articles/2015-09-25/google-said-to-be-under-u-s-antitrust-scrutiny-over-android-iezf41sg> (accessed 29 February 2016).
- Srivastava, S. Google Abused Dominance in India, Finds Competition Watchdog Probe, available at: <http://indian-express.com/article/technology/tech-news-technology/google-misusing-search-dominance-in-india-says-dg-report-to-cci/> (accessed 29 February 2016).
- Yang, J. Google Faces Antitrust Complaints in Korea on Android Popularity, available at: <http://bloomberg.com/news/articles/2011-04-15/nhn-files-complaints-against-google-to-south-korean-regulator> (accessed 29 February 2016).
- Miners, Z. South Korea Drops Antitrust Investigation Against Google, available at: <http://pcworld.com/article/2044695/s-korea-drops-antitrust-investigation-against-google.html> (accessed 29 February 2016).
- Lucic, K. Korea Government to Investigate Google's Android OS for Anti-trust Violation, available at: <http://android-headlines.com/2015/08/korea-government-investigate-googles-android-os-anti-trust-violation.html> (accessed 29 February 2016).
- Neve, B.M. “China, Google, and the Intersection of Competition and Intellectual Property”. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. 2013. № 38. P. 1091–1127.
- Shelanski, H.A. “Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet”. U. Pa. L. Rev. 2013. Vol. 161. P. 1663–1705, available at: <https://pennlawreview.com/print/Shelanski-161-U-Pa-L-Rev-1663.pdf> (accessed 29 February 2016).
- McGowan, D. “Between Logic and Experience: Error Costs and United States v. Microsoft Corp.”. Berkeley Tech. L.J. 2005. Vol. 20, available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol20/iss2/6/> (accessed 29 February 2016).
- Gavil, A. and First, H. The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the Twenty-first Century. Cambridge, 2014.
- Schumpeter, J.A. Capitalism, Socialism and Democracy. London, 1976.
- Manne, G.A. and Wright, J.D. “Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google”. Harvard Journal of Law and Public Policy. 2011. Vol. 34. No. 1, available at: <http://ssrn.com/abstract=1577556> (accessed 29 February 2016).
- Edelman, B.G. “Does Google Leverage Market Power Through Tying and Bundling?”. Journal of Competition Law and Economics. 2015. Vol. 11. № 2, available at: <http://ssrn.com/abstract=2436940> (accessed 29 February 2016).
- Newman, J.M. “Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations”. University of Pennsylvania Law Review. 2014. Vol. 164, available at: <http://ssrn.com/abstract=2474874> (accessed 29 February 2016).
- Farrell, J. “Can Privacy Be Just Another Good?”. Journal on Telecommunications & High Technology Law. 2012. Vol. 10, available at: http://jthtl.org/content/articles/V10I2/JTHTLv10i2_Farrell.pdf (accessed 29 February 2016).
- Wu, T. The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires. N.Y. 2010. 368 p.
- Pinheiro, J. “AT&T Divestiture & the Telecommunications Market”. Berkeley Tech. L.J. 1987. Vol. 2, available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol2/iss2/5> (accessed 29 February 2016).
- O’Connor, D. Time to Stick a Fork in These Android Competition Complaints, available at: <http://project-disco.org/competition/061615-time-to-stick-a-fork-in-these-android->



competition-complaints/#.VsxkQk35fx6 (accessed 29 February 2016).

Koerber, T. Let's Talk About Android — Observations on Competition in the Field of Mobile Operating Systems (July 4, 2014), available at: <http://ssrn.com/abstract=2462393> (accessed 29 February 2016).

Winkler, R. Android's 'Open' System Has Limits. To Get Access to Key Google Apps, Device Makers Abide by Company's Strict Terms, available at: <http://wsj.com/articles/SB10001424052702304888404579378850231234912> (accessed 29 February 2016).

Gurley, B. The Freight Train That Is Android, available at: <http://abovethecrowd.com/2011/03/24/freight-train-that-is-android/> (accessed 29 February 2016).

Amadeo, R. Google's Iron Grip on Android: Controlling Open Source by Any Means Necessary. Android Is Open — Except For All The Good Parts, available at: <http://arstechnica.com/gadgets/2013/10/googles-iron-grip-on-android-controlling-open-source-by-any-means-necessary/1/> (accessed 29 February 2016).

Brodkin, J. Google Blocked Acer's Rival Phone to Prevent Android "Fragmentation", available at: <http://arstechnica.com/gadgets/2012/09/google-blocked-acers-rival-phone-to-prevent-android-fragmentation/> (accessed 29 February 2016).

Winkler, R. Documents Shed Light on Google Rules for Android, available at: <http://blogs.wsj.com/digits/2014/02/12/documents-shed-light-on-google-rules-for-android/> (accessed 29 February 2016).

Manjoo, F. "A Murky Road Ahead for Android, Despite Market Dominance". New York Times. 2015. 28 May, available at: http://nytimes.com/2015/05/28/technology/personaltech/a-murky-road-ahead-for-android-despite-market-dominance.html?_r=2 (accessed 29 February 2016).

Musil, S. Google Reportedly Paid Apple \$1B to Be Default Search Engine on iPhones, available at: <http://cnet.com/news/google-reportedly-paid-apple-1b-to-be-default-search-engine-on-ios/> (accessed 29 February 2016).

Information about the authors

Aleksey V. Dotsenko

Deputy Head of the FAS Russia (11 Sadovaya-Kudrinskaya st., 125993 Moscow; e-mail: international@fas.gov.ru).

Alexey Yu. Ivanov

Director at HSE-Skolkovo Institute for Law and Development, LLM (Harvard University), Master of Private Law (8 Pokrovski blvd., 109028 Moscow; e-mail: aivanov@hse.ru).