

**Федеральное государственное образовательное бюджетное учреждение
высшего образования**

ФИНАНСОВЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ

РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

(Финансовый университет)

№ протокола
защиты _____

УТВЕРЖДАЮ
проректор по научной работе
канд. экон. наук, доцент
_____ С.П. Соляникова
« _____ » _____ 2023 г.

ОТЧЕТ

О НАУЧНО - ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ РАБОТЕ

в рамках МВТСК – № 7 _____

**на тему: «Защита персональных данных при осуществлении сделок по
слиянию на цифровых рынках»**

Руководитель НИР,
Преподаватель Департамента правового регулирования
экономической деятельности
Юридического факультета

_____ К.С. Ючинсон

Москва 2023 г.

СПИСОК ИСПОЛНИТЕЛЕЙ

Руководитель НИР,
Преподаватель Департамента правового
регулирования экономической
Деятельности Юридического факультета

Ючинсон К.С
(первая часть введения, список
использованных источников по
стандартам OSCOLA)

подпись, дата

Исполнители:

Аспирант Департамента правового
регулирования экономической
деятельности Юридического
факультета,
3 курс, гр. ЮГП20-8а;

Бердникова А.А.
(вторая часть введения, список
использованных источников по
стандартам OSCOLA)

подпись, дата

Студентка Юридического,
факультета, 4 курс, учебная
группа Ю19-8;

Кулажина А.О.
(разделы 1, 1.1, 1.2, 1.3, список
использованных источников по
стандартам OSCOLA)

подпись, дата

Студент Юридического
факультета, 3 курс, учебная группа
Ю20-9;

Григорьев К.В.
(разделы 2, 2.1, 2.2.2, список
использованных источников по
стандартам OSCOLA)

подпись, дата

Студент Юридического
факультета, 4 курс, учебная группа
Ю19-5

Устьян Э.А.
(разделы 2.2, 2.2.1, список
использованных источников по
стандартам OSCOLA)

подпись, дата

Студентка юридического
факультета,
3 курс, учебная группа Ю20-8

Семцова С.И.
(первая часть заключения, список
использованных источников по
стандартам OSCOLA)

подпис, дата

Студентка юридического
факультета,
3 курс, учебная группа Ю20-3

Тяхти В.Е.
(вторая часть заключения, список
использованных источников по
стандартам OSCOLA)

подпись, дата

РЕФЕРАТ

Отчет: 80 страницы, 1 том, 77 источников, 1 приложение

СЛИЯНИЯ НА ОСНОВЕ ДАННЫХ, КОНТРОЛЬ ЗА СЛИЯНИЯМИ В ЕС, BIG TECH, БОЛЬШИЕ ДАННЫЕ, ОТСЛЕЖИВАНИЕ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ, МНОГОСТОРОННИЕ РЫНКИ, КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТЬ, ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ, ОБЩИЙ РЕГЛАМЕНТ ПО ЗАЩИТЕ ДАННЫХ, ЗАКОН О ЦИФРОВЫХ РЫНКАХ.

Цель данного исследования - определить, следует ли рассматривать повышенную концентрацию персональных данных пользователей, возникающую в результате приобретения компанией, занимающей доминирующее положение, компании, также осуществляющей сбор и обработку данных, как потерю экономического благосостояния для потребителей или как нарушение их фундаментального права на конфиденциальность.

Целью научно-исследовательской работы (НИР) является проведение комплексного исследования, направленного на выявление проблем и тенденций международного и национального правового регулирования развития правовых инструментов в различных регионах мира.

Методологическую основу исследования составляет комплекс общенаучных (анализ, синтез, дедукция, индукция) и частных методов познания. Надежность и достоверность результатов, полученных в ходе исследования, достигается за счет комплексного применения методов исследования в их взаимосвязи и взаимозависимости.

Выбранный язык оригинальной версии отчета: английский. Выбор этого языка для оригинальной версии этого отчета оправдан тем, что исследование, проведенное студентами нашей команды, показало, что по заявленной теме в российской юридической литературе написано очень мало, а подавляющее большинство соответствующих источников написано на английском языке.

В процессе исследования были получены следующие научные и прикладные результаты:

- 1) Аналитический отчет о проблемах включения вопросов защиты данных и конфиденциальности в качестве значимых факторов при проверке слияний, основанных на данных, с точки зрения материального конкурентного права.
- 2) Отчет о проблемах интеграции защиты данных и конфиденциальности в контроль за слияниями на основе данных как факторов, внешних по отношению к анализу конкуренции с точки зрения материального права.
- 3) Аналитический отчет с рядом рекомендаций, направленных на предложение целостного подхода, в котором законодательство о защите данных и законодательство о конкуренции рассматриваются как смежные и пересекающиеся части одной и той же нормативной материи.

Рекомендации по внедрению результатов данной научно-исследовательской работы.

Результаты исследования рекомендуется использовать в процессе совершенствования государственного регулирования путем создания и функционирования правовых инструментов развития, совершенствования нормативных актов, программных документов и правоприменительной практики.

Область применения.

Выводы и рекомендации данной научно-исследовательской работы (НИР) могут быть использованы в практической деятельности Федеральной антимонопольной службы (ФАС), Департамента антимонопольного регулирования Евразийской экономической комиссии (ЕЭК), Правительства Российской Федерации, Министерства промышленности и торговли Российской Федерации, Министерства экономического развития Российской Федерации, Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, а также в преподавании учебных дисциплин "Право ЕС",

“Корпоративное и предпринимательское право ЕС“, “Конкуренция и антимонопольное регулирование Евразийского экономического союза” и “Сравнительное правоведение” в области конкуренции.

Значимость работы заключается в том, что ее результаты определяют дальнейшие направления экономических и правовых реформ, направленных на создание благоприятного правового режима для деятельности отечественных институтов развития, направленных на достижение национальных целей развития.

СОДЕРЖАНИЕ

Введение

Глава 1. Интеграция защиты данных и конфиденциальности как фактор для анализа конкуренции с точки зрения материального конкурентного права 16

Раздел 1.1 Конфиденциальность как «неденежная цена», которую платит потребитель в обмен на «бесплатные» онлайн-сервисы.....16

Раздел 1.2 Конфиденциальность как элемент качества21

Раздел 1.3 Конфиденциальность как элемент выбора потребителя.....25

Глава 2. Интеграция защиты данных и конфиденциальности в оценку слияний за пределами материального конкурентного права..... 27

Раздел 2.1 Дело Facebook Germany: фундаментальные права человека как нормативное руководство для оценки конкуренции.....27

Раздел 2.2 *Вопрос* о применимости аргументации Федерального суда Германии в деле Facebook Germany к контролю за слияниями в ЕС.....32

Подраздел 2.2.1 *Вопрос* о применимости к законодательству ЕС о конкуренции аргументации решения по делу Facebook Germany, которое касалось исключительно немецкого законодательства.....32

Подраздел 2.2.2 *Вопрос* о применимости аргументации Bundeskartellamt в деле Facebook Germany о злоупотреблении доминирующим положением к контролю за слияниями в ЕС.....38

Заключение

ВВЕДЕНИЕ

В последние годы произошло значительное количество слияний, основанных на данных. С 2009 года Big Tech, крупнейшие цифровые компании, а именно Google, Amazon, Facebook, Apple и Microsoft, приобрели более 400 компаний по всему миру.¹ Некоторые флагманские слияния попали в заголовки. Например, Microsoft приобрела Yahoo! Search Business за 1 миллиард долларов в 2009 году², Facebook купил Instagram за 1 миллиард долларов в 2012 году³ и WhatsApp за 19 миллиардов долларов в 2014 году⁴, Microsoft приобрела LinkedIn за 26 миллиардов долларов в 2016 году⁵, Apple – Shazam за 400 миллионов долларов в 2018 году⁶, Google – Fitbit за 2,1 миллиарда долларов в 2020 году⁷ и Amazon, One Medical за 3,9 млрд долларов в 2023 году.⁸ Доступ к большим наборам данных все чаще становится основной движущей силой слияний и поглощений (M&A) в технологическом секторе.⁹

-
- 1 Jason Furman, Diane Coyle, Amelia Fletcher, Derek McAuley and Philip Marsden, *Unlocking Digital Competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel UK, March 2019 p.12 < https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf > accessed 1 March 2023.
- 2 David Goldman, 'Microsoft/Yahoo! Microsoft and Yahoo: Search partners', (*CNNMoney*, 29 July 2009) < https://money.cnn.com/2009/07/29/technology/microsoft_yahoo/> accessed 1 April 2023
- 3 Evelyn M. Rusli, 'Facebook Buys Instagram for \$1 Billion' (*New York Times*, 9 April 2012) < <https://archive.nytimes.com/dealbook.nytimes.com/2012/04/09/facebook-buys-instagram-for-1-billion/>> accessed 17 March 2023
- 4 Parmy Olson, 'Facebook Closes \$19 billion WhatsApp Deal' (*Forbes*, 6 October 2014) < <https://www.forbes.com/sites/parmyolson/2014/10/06/facebook-closes-19-billion-whatsapp-deal/?sh=931f115c66c1>> accessed 17 February 2023
- 5 Alex Hern and Jana Kasperkevic, 'LinkedIn bought by Microsoft for \$19 billion in cash' (*The Guardian*, 13 June 2013) < <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/13/linkedin-bought-by-microsoft-for-262bn-in-cash> > accessed 12 February 2023
- 6 Ingrid Lungen, 'Apple closes its \$400 Million Shazam acquisition and says the music recognition app will soon become ad free' (*Techcrunch*, 24 September 2018) < <https://techcrunch.com/2018/09/24/apple-closes-its-shazam-acquisition-and-says-the-music-recognition-app-will-soon-become-ad-free/>> accessed 16 November 2022
- 7 James Pero, 'Google buys Fitbit for \$2.1 billion in a bid to rival Apples on wearables' (*Daily Mail*, 1 November 2019) < <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-7639383/Google-buy-Fitbit-2-1-bln.html> < accessed 13 March 2023
- 8 Prity Khanal, 'Amazon closes deal to acquire One Medical for \$3.9 billion' (*TechStory*, 23 February 2023) < <https://www.washingtonpost.com/business/2022/07/21/amazon-health-care/>> accessed 3 February 2023
- 9 Maurice E. Stucke and Allen P.Grunes, *Big Data and competition policy* (Oxford University Press, 2016) 3

В условиях современного технологического рынка конкурентоспособность фирмы во многом зависит от ее способности быстро извлекать полезную информацию из большого объема и разнообразия данных.¹⁰ Объем данных, собираемых о пользователях, резко вырос.¹¹ С помощью датчиков, геолокации, IP-адреса или файлов cookie фирмы могут собирать со смартфонов, планшетов, ноутбуков и компьютеров не только традиционные данные о потребителе¹², такие как его пол, возраст, уровень образования, но и множество других сведений, таких как его история просмотров, посещения веб-сайтов, прошлые покупки, взаимодействие в социальных сетях или поведение в Интернете и т. д.

Фирма может собирать данные от пользователей своего веб-сайта (отслеживание первой стороной) или от пользователей веб-сайтов других компаний (отслеживание третьей стороной).¹³ Например, сеть онлайн-рекламы DoubleClick (переименованная материнской компанией Google в «Google Платформа для маркетинга» (Google Marketing Platform) после ее приобретения гигантской поисковой системой в 2008 году) предоставляет технологию обслуживания и отслеживания рекламы, которую сторонние службы могут встраивать в свои веб-сайты и которая позволяет DoubleClick составлять профиль пользователей и направлять им рекламу.¹⁴

10 OECD, 'Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era' (2016) DAF/COMP 14, 22 <
<https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm> > accessed 15 February 2023.

11 Claudia Biancotti and Paolo Ciocca, 'Opening Internet Monopolies to Competition with Data sharing Mandates', Policy Brief 19-3, Peterson Institute for International Economics, April 2019 <
<https://www.piie.com/publications/policy-briefs/opening-internet-monopolies-competition-data-sharing-mandates>>
accessed 8 February 2023

12 Потребитель определяется в законодательстве ЕС как "любое физическое лицо, которое [...] действует в целях, выходящих за рамки его профессии" в соответствии с пунктом 1 статьи 2 директивы 93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 года о недобросовестных действиях в потребительских договорах, OJ 1993, L 9, стр.29-34 <
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:319931.0013&qid=1543829645563&from> >
accessed 8 March 2023

13 Victoria H.S.E Robertson, 'Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data' [2020] 57 Common Market Law Review, 161-190: 171

14 Reuben Binns and Elettra Bietti, 'Dissolving Privacy, One Merger at a Time: Competition, Data, and Third Party Tracking' [2020] 36 Computer Law & Security Review, 3 <
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3269473> accessed 8 November 2022

Трекеры третьих сторон имеют преимущества перед трекерами первых сторон; они не только повышают эффективность масштабирования¹⁵ за счет разработки и обслуживания программного обеспечения для отслеживания, но также могут объединять данные из нескольких сторонних служб для создания более полных профилей отдельных лиц. Трекеры третьих сторон могут получить доступ к более богатому набору данных и могут считать себя, возможно, ошибочно, менее ограниченными в получении согласия пользователей на обработку их персональных данных, чем сторонние. Напротив, трекеры первых сторон получают доступ только к данным своих пользователей, поскольку они взаимодействуют с этой конкретной службой. Это делает данные менее ценными, поскольку о конкретном пользователе известно меньше.¹⁶

Трекер третьих сторон служит многим различным целям. Прежде всего, его можно использовать для таргетированной рекламы. Данные, полученные в результате взаимодействия пользователя с одним веб-сайтом или приложением, могут быть объединены с помощью аналитики данных¹⁷ с информацией, полученной с веб-сайтов третьих сторон, чтобы конкретизировать профиль клиента, и своевременно предложить персонализированный продукт по соответствующей цене, который побудит его совершить покупку.¹⁸ Процесс, в ходе которого большие объемы данных о потребителях собираются от потребителей для превращения их в ценность в

15 Эффективность масштабирования крупных цифровых платформ можно определить как их способность посредством онлайн-поиска клиентов сторонних сервисов собирать крупномасштабные наборы данных, на которых они могут “обучать” свои алгоритмы с низкими затратами для повышения их производительности и результативности. См. OECD (2016), ‘Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era’, (2016) DAF/COMP 14, 12 October 2016, 11 < <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm> > accessed 15 February 2023

16 Binns and Bietti, (n 14) 15

17 Аналитику данных можно определить как способность разрабатывать алгоритмы, которые могут получать доступ к огромному объему информации и анализировать его. См. Craig Stedman, ‘Data analytics’ (*TechTarget*) < <https://www.techtarget.com/searchdatamanagement/definition/data-analytics> > accessed 24 February 2023

18 Pedro García de Pesquera Villagrán, “EU Competition Law and Artificial Intelligence”, McDermott Will & Emery, (*Lexology*, 8 Sept. 2019) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bc17f0c7-898e-4fa8-92e3-7c0b224730d2>> accessed 25 February 2023.

виде целевой рекламы и персонализированных рекомендаций, известен как большие данные.^{19 20}

Эти данные собираются и монетизируются с помощью различных типов бизнес-моделей: либо посредством прямой подписки (например, Spotify и Netflix), либо путем использования данных, полученных от пользователей, для адаптации продуктов непосредственно к их потребностям (например, Amazon), либо путем продажи целевой рекламы (например, Facebook и Google Поиск). Последний работает на так называемых двусторонних рынках²¹, где услуги предлагаются пользователям бесплатно на одной стороне рынка («бесплатная» сторона), а бесплатные данные пользователей монетизируются на другом рынке посредством целевой рекламы («платная» сторона). Онлайн-услуги, субсидируемые таким образом, включают онлайн-поиск и социальные сети, игры, сайты сравнения цен, потоковую передачу музыки и видео.²² Однако эта таргетированная реклама возможна только в том случае, если платформа, продающая ее, имеет доступ к значительному объему информации (т. е. данных) о целевых пользователях.²³

19 Большие данные обычно характеризуются четырьмя параметрами: объем данных; скорость, с которой данные собираются, используются и распространяются; разнообразие агрегируемой информации; и, наконец, ценность данных. Каждый, параметр значительно увеличился за последнее десятилетие. ' См. Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, *Big Data and competition policy* (Oxford University Press 2016), 16; OECD, 'Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synthesis Report' (2014) 11 < <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>> accessed 29 March 2023

20 OECD, 'Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era' (2016) DAF/COMP 14, 22 < <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>> accessed 1 March 2023

21 Подавляющее большинство поставщиков онлайн-услуг используют двустороннюю или многостороннюю бизнес-модель, в соответствии с которой услуга предлагается по нулевой цене для привлечения пользователей, а онлайн генерирует доходы, необходимые для финансирования бесплатной услуги и получения прибыли. Процветающая доктрина существует на двух- или многосторонних рынках, см., например, Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, 'Platform Competition in Two-Sided Markets' [2003] 1 *Journal of the European Economic Association* 990; Allen P. Grunes, 'Another look at privacy' [2013] 20 *George Mason Law Review*, 1107, 1109-1170

; Ethan Zuckerman, 'The Internet's Original Sin' (*The Atlantic*, 14 Aug. 2014) < <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/08/advertising-is-the-internets-original-sin/376041/>> accessed 27 March 2023; David S Evans, 'Multi-Sided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms', University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No753 (2016) < <file:///C:/Users/installuser/Downloads/SSRN-id2746095.pdf>> accessed 2 March 2023

22 Grunes (n 22) 1110; Rodrigo Montes, Wilfried Sand-Zantman and Tommaso M. Valleti, 'The Value of personal information in markets with endogenous privacy', *TSE Working Paper* 15-583, Toulouse School of Economics (TSE) < <https://ideas.repec.org/p/tse/wpaper/29367.html>> accessed 5 March 2023

23 Robertson (n 13) 164.

Сбор и обработка данных посредством аналитики данных позволяют решать гораздо более широкие задачи, чем просто таргетированная реклама. Они позволяют фирмам «проникнуть в повседневный опыт, общение и даже мысли потребителей»²⁴ и сделать далеко идущие выводы о здоровье человека, личных и профессиональных интересах, социально-экономическом классе и политических взглядах.²⁵ Они также могут использоваться для ценовой дискриминации и продажи наборов данных третьим лицам, даже если пользователь не дал на это своего явного и полностью осознанного согласия.²⁶

Средства сбора и обработки больших данных сосредоточены в руках Big Tech.²⁷ Эти крупные цифровые платформы прочно закрепили свои позиции на рынке благодаря своим превосходным способностям собирать огромные объемы персональных данных, что дает им большие преимущества перед конкурентами.²⁸

Поскольку эти американские мегаплатформы незаметно поглощают сотни более мелких инновационных фирм, занимающихся сбором и обработкой данных²⁹, некоторые регулирующие органы, ученые и практики

24 European Data Protection Supervisor, 'Towards a New Digital Ethics: Data, Dignity and Technology', Opinion 4/2015, 11 September 2015 < https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf > accessed 5 February 2023

25 Sebastian Schelter and Jerome Kunegis, 'Tracking the Trackers : A Large-Scale Analysis of Embedded Web Trackers' (2016) Proceedings of the ICWSM 679, 680 < [https://www.google.com/search?q=Sebastian+Schelter+and+Jerome+Kunegis%2C+%E2%80%98Tracking+the+Trackers+%3A+A+Large-Scale+Analysis+of+Embedded+Web+Trackers%E2%80%99+\(2016\)+Proceedings+of+the+ICWSM&aq=chrome..69i57.1851j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=Sebastian+Schelter+and+Jerome+Kunegis%2C+%E2%80%98Tracking+the+Trackers+%3A+A+Large-Scale+Analysis+of+Embedded+Web+Trackers%E2%80%99+(2016)+Proceedings+of+the+ICWSM&aq=chrome..69i57.1851j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8) > accessed 7 February 2023

26 Nils-Peter Schepp and Achim Wambach, 'On Big Data and its Relevance for Market Power Assessment' [2016] 7 (2) Journal of European Competition Law & Practice', 120-124

27 Небольшое число компаний доминируют в стороннем отслеживании как на мобильных устройствах, так и в Интернете. Среди трекеров, основанных на приложениях, наиболее распространенными являются Alphabet/Google, за которыми следуют Microsoft (включая LinkedIn), Facebook и Twitter. Картина лишь немного отличается для веб-трекеров, где Alphabet/Google являются наиболее успешными трекерами, за которыми следуют Facebook и Twitter. См. Robertson (n 13) 163

28 Wolfgang Kerber and Karsten K. Zolna, 'The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law' [2022] European Journal of Law and Economics, 2

29 OECD, 'Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control' (2020) p.13 < www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf > accessed 12 February 2023.

выражают обеспокоенность³⁰ тем, что комбинация наборов данных, полученных в результате этих приобретений, может дать крупным цифровым компаниям возможность повысить барьеры для входа³¹ потенциальных конкурентов за счет сетевых эффектов³², увеличения отдачи от масштаба³³, экономии за счет масштаба³⁴, привязки потребителей³⁵ и обратных связей³⁶, вызванных машинным обучением. Они особенно настороженно относятся к тому факту, что, имея доступ к более крупной базе данных потребителей, приобретатель, занимающий доминирующее положение, может использовать свою возросшую рыночную власть³⁷ в ущерб потребителям путем ценовой или

30 Heli Koski, Otto Kassi and Fabian Braesemann, 'Killers on the Road of Emerging start-ups-Implications for Market Entry and Venture Capital Financing' (1 July 2020) ETLA- Working Paper 81 < http://pub.etla.fi/ETLA-working-Papers_81.pdf > accessed 8 March 2023

31 Stucke and Grunes (n 9) 129

32 Концепция сетевых эффектов относится к ситуации, в которой полезность использования технологии или сервиса для каждого пользователя возрастает по мере увеличения числа пользователей. См. Jacques Cremer and others, 'Competition Policy for the digital era', Final Report for the European Commission, Directorate-General for Competition, 2019, 73. < <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> > accessed 1 April 2023.

33 Увеличение отдачи от масштаба — это термин, обозначающий снижение себестоимости единицы продукции при сохранении стабильного уровня качества производства. См. Nicholas Economides and Ioannis Lianos, 'Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective' [2021] *Journal of Competition Law & Economics*, 1-83: 20

34 Под экономией масштаба следует понимать тот факт, что производство одного товара снижает затраты на производство другого аналогичного товара. В таком случае долгосрочные средние и предельные издержки компании, организации или экономики снижаются за счет производства дополнительных товаров и услуг. См. David Kindness, "Economies of Scope" (*Investopedia*, 24 February 2021 < <https://www.investopedia.com/terms/e/economiesofscope.asp> > accessed 30 January 2023; Bertin Martens, 'Data Access, Consumer Interests and Social Welfare: An Economic Perspective' (2020) < <https://ssrn.com/abstract=3653883> > accessed 19 January 2023 In the context of data-driven mergers, economies of scope can be reached through the combination of two complementary datasets which can generate more insights and economic value compared to keeping them in separate data silos. See Bertin Martens, 'Data Access, Consumer Interests and Social Welfare: An Economic Perspective', Tilburg Law and Economics Center (TILEC), 18 May, 2020 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3605383 > accessed 13 March 2023

35 Привязанность потребителей относится к ситуации, в которой потребители зависят от одного производителя или поставщика конкретной услуги и не могут перейти к другому поставщику без существенных затрат или неудобств. См. Markus Eurich and Michael Burtscher, 'The Business-to-Consumer Lock-in Effect', Working paper, August 2014, University of Cambridge < <https://cambridgeservicealliance.eng.cam.ac.uk/system/files/documents/2014AugustPaperBusinesstoConsumerLockinEffect.pdf> > accessed 15 April 2023

36 Петли обратной связи можно определить как технологический феномен, в соответствии с которым самообучающиеся алгоритмы все больше приобретают способность к обучению по мере обработки более релевантных данных. Следовательно, цифровые платформы, которые их используют, способны с большей точностью ориентироваться на потребителей, улучшать свои продукты и услуги и привлекать новых клиентов. См. Christophe Samuel Hutchinson, 'Potential abuses of dominance by Big Tech through their use of Big Tech and AI' [2022] *Journal of Antitrust Enforcement*, 9 < <https://academic.oup.com/antitrust/advance-article-abstract/doi/10.1093/jaenfo/jnac004/6540045?redirectedFrom=fulltext> > accessed 22 March 2023

37 Рыночная власть — это способность фирмы или группы фирм принимать решения независимо от своих конкурентов, заказчиков и конечных потребителей, как указано в Руководящих принципах Европейской комиссии. См. European Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, O.J 2009, C45/7. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29> > accessed 17 February 2023.

качественной дискриминации на основе их поведения³⁸ в Интернете или снижения защиты конфиденциальности, собирая слишком много данных о них.³⁹

Актуальность «защиты данных» и «конфиденциальности»⁴⁰ в контроле за слияниями была изучена в двух случаях. В первом случае речь идет об объединении защиты данных и конфиденциальности в качестве важного фактора для анализа конкуренции с точки зрения материального права.⁴¹ Отдельные вопросы конфиденциальности, которые не являются частью основного анализа конкуренции, представляют собой второй случай.

В первом случае защита персональных данных включается в анализ слияний как неценовой элемент конкуренции, особенно на рынках, где пользователи отдают свои персональные данные в обмен на «бесплатный» доступ к онлайн-сервисам. Трудность здесь заключается в том, чтобы продемонстрировать существование конкуренции в области защиты

ОЭСР считает, что рыночная власть в цифровой сфере может позволить доминирующим компаниям поставлять товары или услуги низкого качества, навязывать большие объемы рекламы или даже собирать, анализировать или продавать избыточные данные от потребителей". См. OECD (n 20) para 48.

38 Competition & Markets Authority (hereinafter 'CMA'), 'The Commercial Use of Consumer Data', Report on the CMA's Call for Information (2015), 91-93 < <https://www.gov.uk/cma-cases/commercial-use-of-consumer-data> > accessed 17 March 2023

39 Литература предполагает, что снижение уровня защиты частной жизни может представлять собой злоупотребление с целью эксплуатации, см. Ariel Ezrachi and Viktoria HSE Robertson, 'Competition, Market Power and Third-Party Tracking' World Competition : Law and Economics Review, Vol.42, No1 March 2019, Oxford Legal Studies Research Paper No11/2019 p.8-9 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3272552 > accessed 13 February 2023 ; Katharina Kemp, 'Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters' [2020] 16 European Competition Journal, 628

40 Конфиденциальность может быть определена как "требование отдельных лиц, групп или учреждений самостоятельно определять, когда, как и в каком объеме информация о них передается другим". См. Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (Atheneum: New York, 1970) 7. On the definition of privacy also see Daniel J. Solove, 'A Taxonomy of Privacy [2005] 154 University of Pennsylvania Law Review, 447, 486-487 and Daniel J. Solove, 'The meaning and value of privacy' in Roessler, B., Mokrosinska, D. (eds), *Social Dimension of Privacy: Interdisciplinary Perspectives* (Cambridge University Press, 2015), 71-82. Конфиденциальность может быть 'конечным благом', оцениваемым как таковое, или "промежуточным благом", выступающим, среди многих других, параметром конкуренции: см. J. Farrell, 'Can Privacy Be Just Another Good?' [2012] 10 Journal on Telecommunications and High Technology, 251. В то время как действующая система законодательства о конкуренции может учитывать последнее при определении аспекта качества, по которому может существовать конкуренция (поскольку существует конкуренция в ценовой сфере), первое может быть сложнее включить в анализ.

41 Lyskey and Costa-Cabral call this an 'internal constraint' that data protection law exercises on competition law: Francisco Costa-Cabral and Orla Lyskey, 'The Internal and External Constraints of Data Protection on Competition Law in the EU' (2015) 25 LSE Working Papers < <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/the-internal-and-external-constraints-of-data-protection-on-compe> > accessed 18 February 2023

персональных данных и измерить ухудшение конфиденциальности, которое потенциально может привести к антиконкурентным последствиям.

Во втором случае некоторые комментаторы считают, что вопросы защиты данных и конфиденциальности как таковые должны приниматься во внимание в рамках рассмотрения слияния независимо от вопроса их включения в предметный анализ слияний с точки зрения материального права.⁴²

Цель данной статьи – внести вклад в текущую дискуссию о том, достаточно ли и в какой степени действующей нормативно-правовой базы на уровне ЕС и государств-членов для выявления и адекватного решения возможных проблем эксплуатации, которые могут вызвать слияния больших данных, а также о том, должна ли и в какой степени Комиссия и/или национальные антимонопольные органы при рассмотрении сделок в соответствии с Регламентом о слияниях и/или национальными правилами контроля за слияниями учитывать соображения защиты данных.⁴³

Данная работа структурирована следующим образом: в разделе 1 мы рассматриваем вопрос об интеграции защиты данных и конфиденциальности как важного фактора для предметного анализа конкуренции с точки зрения материального права. В разделе 2 мы поднимаем далеко идущий вопрос политики в области конкуренции, а именно: следует ли рассматривать вопросы защиты данных и конфиденциальности в чистом виде при оценке слияния как самостоятельный фактор, выходящий за рамки анализа конкуренции, с точки зрения материального права. Решение Bundesgerichtshof, Федерального суда Германии (далее «Федеральный суд»), который поддержал решение, принятое Bundeskartellamt, антимонопольным органом Германии

42 European Data Protection Supervisory (hereinafter ‘EDPS’), ‘Preliminary Opinion on Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy’ (2014) 26. Комментарий к этому мнению смотрите главе 2. Fransisco Costa-Cabral, ‘The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law [2016] 23 Maastricht Journal of European and Comparative Law 495.

43 Ben Holles de Peyer, ‘EU Merger control and Big Data’ [2018] 13 (4) Journal of Competition Law & Economics, 767-790: 768; Autorite de la concurrence and Bundeskartellamt, “Competition Law and Data” (10 May 2016) 23 <

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html> accessed 8 January 2023;

(далее «ВкА») по делу Facebook, можно рассматривать как прецедент для более целостного подхода, согласно которому правила защиты данных могут использоваться в качестве нормативного руководства при оценке конкуренции.

Хотя дело Facebook в Германии касается злоупотребления доминирующим положением, мы задаемся вопросом, можно ли перенести аргументацию Федерального суда в этом флагманском деле на контроль ЕС за слияниями. Если выяснится, что перенос аргументации ex-post в анализ слияний ex-ante является довольно сложной задачей, в заключение в разделе 3 мы поднимаем вопрос о том, можно ли интегрировать соображения законодательства о конфиденциальности и защите персональных данных в оценку конкуренции, как это было предпринято в немецком деле Facebook, путем внесения поправок в Закон о цифровых рынках⁴⁴ или реформирования соответствующего законодательства и руководящих принципов ЕС в области конкуренции.

44 Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

Глава 1 Интеграция защиты данных и конфиденциальности как фактор для анализа конкуренции с точки зрения материального конкурентного права

В этом разделе будут детально рассмотрены случаи, когда защита данных и конфиденциальность могли бы быть включены в оценку слияний на основе аргументов и концепций, разработанных в доктрине и решениях Европейской комиссии.

Практика принятия решений Европейской комиссии указывает на три возможных пути интеграции проблем конфиденциальности в анализ конкуренции: конфиденциальность как «неденежная цена», конфиденциальность как элемент качества продукта, конфиденциальность как элемент выбора потребителя. Мы по очереди рассмотрим каждый из этих путей.

Раздел 1.1 Конфиденциальность как «неденежная цена», которую платит потребитель в обмен на «бесплатные» онлайн-сервисы.

Закон о конкуренции предназначен для поддержания *благосостояния потребителей*⁴⁵, которое улучшается, когда потребители получают более низкие цены, продукты и услуги лучшего качества, больший выбор и больше

45 Благосостояние потребителей относится к индивидуальным выгодам, получаемым от потребления товаров и услуг. См. R. Shyam Khemani and Daniel Shapiro, 'Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law' (1993) OECD, p.29 <<https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> > accessed 17 October 2022; Под понятием благосостояния потребителей Комиссия понимает преимущества, которые приносит эффективная конкуренция, такие как низкие цены, высокое качество продукции, широкий выбор товаров и услуг и инновации. Благодаря своему контролю за слияниями Комиссия предотвращает слияния, которые, вероятно, лишили бы клиентов этих преимуществ, значительно увеличивая рыночную власть фирм. См. Paragraph 8 of the Horizontal Merger Guidelines (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 31/5, 5.2.2004).

инноваций. Основными параметрами конкуренции являются цена, качество, количество, выбор и инновации⁴⁶.

Как правило, антимонопольные органы оценивают слияния и поглощения с помощью подхода, сосредоточенного на цене, который фокусируется на легко измеряемых факторах, таких как краткосрочные влияния на цену, краткосрочные и среднесрочные производственные эффективности.⁴⁷

Наиболее широко используемым инструментом анализа, сосредоточенным на цене и используемым для определения рынков, является тест гипотетического монополиста или "малое, но значительное и длительное увеличение цены" (SSNIP). Этот тест направлен на определение конкурентных ограничений на данном рынке путем наблюдения за тем, приведет ли небольшое увеличение цены (в диапазоне от 5 до 10 процентов) к тому, что значительное число потребителей перейдет на другой продукт (фактически, взаимозаменяемый продукт). Другими словами, он предназначен для анализа того, будет ли увеличение цены прибыльным или же, напротив, оно приведет к замене, делая его невыгодным.⁴⁸

В контексте некоторых цифровых рынков, где продукты и услуги предлагаются по нулевой цене в обмен на "бесплатные" данные потребителя⁴⁹, сосредоточенный на цене подход к потенциальным эффектам слияния на основе данных на конкуренцию может быть затруднительным. Если традиционные инструменты, такие как тест гипотетического монополиста или оценка перекрестной ценовой эластичности, могут быть полезными там, где пользователи (например, рекламодатели) должны платить положительную цену, то эти инструменты бесполезны на тех сторонах, где услуги

46 Смотрите, например., C-413/06 P Bertelsmann [2008] ECR 4951, para. 121, T-168/01 Glaxo [2006] ECR II 2969, para. 106, and many other judgments, including C-413/14 Intel [2017] 632, para. 134.

47 Maria C. Wasastjerna 'The implications of Big Data and Privacy on Competition Analysis in Merger Control and the Controversial-Data Protection Interface' [2019] 30 (3) European Business Law Review 337-366: 352.

48 See European Commission, "Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty of exclusionary abuses", DG Competition (2005), 7 < www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf > accessed 11 November 2022.

49 Stucke and Grunes (n 9) 107. See also Michal S Gal and Daniel L Rubinfeld, 'The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement' [2016] 80 Antitrust Law Journal, 521-562

предлагаются пользователям «бесплатно» (в обмен на личные данные потребителя).⁵⁰ Как отмечает Эванс в своей статье "Антимонопольная экономика свободы", "5 процентов от ничего — это ничто, и природа продукта может быть таковой, что ценообразование на нуле все еще максимизирует прибыль"⁵¹.

Поэтому не удивительно, что в таких условиях подходы, сосредоточенные на цене, привели к нескольким "неправильным выводам".⁵² Например, применение теста SSNIP в контексте сделки между Facebook и WhatsApp привело Комиссию к анализу приобретения как "проконкурентного", поскольку она ожидала снижения абонентской платы в WhatsApp после слияния. На момент сделки это было платное приложение-мессенджер для смартфонов. Однако использование этого инструмента анализа, сосредоточенного на цене, не учитывало потенциального влияния слияния на параметры качества, а именно на конфиденциальность и количество собираемых данных.⁵³ Этот потенциал для эксплуатации потребителей через постоянное ухудшение прав пользователей на конфиденциальность и защиту данных реализовался, о чём свидетельствует решение от 2017 года о наложении штрафа на Facebook в размере 110 миллионов евро за предоставление неверной или вводящей в заблуждение информации во время рассмотрения сделки между Facebook и WhatsApp.⁵⁴

50 Frederic Jenny, 'Competition law enforcement and regulation for digital ecosystems: understanding the issues, facing the challenges and moving forward' [2021] 3 Concurrances 24.

51 David S Evans, 'The Antitrust Economics of Free' Competition Policy International' (2011) University of Chicago Law School, John M.Olin Program in Law and Economics Working Paper No555, 22 < https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=law_and_economics > accessed 29 January 2023; Robert H. Lande, 'The Microsoft-Yahoo merger: Yes, privacy is an antitrust concern' (2008) University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No2008-06, 1 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121934 > accessed 12 January 2023;

52 Stuart Thomas, 'Too little too late? An exploration and analysis of the inadequacies of antitrust law when regulating GAFAM data-driven mergers and the potential legal remedies available in the age of Big Data' [2021] 17 European Competition Journal 413.

53 Ibid.

54 Economides and Lianos (n 33) 30.

Аналогичным образом в деле Google/Nest Labs⁵⁵ снижение цены на термостаты, ожидаемое от сделки, было рассмотрено как положительный результат для конкуренции с точки зрения ценоориентированного подхода. Однако использование теста SSNIP при оценке этой сделки не учитывает главную проблему, способствовавшую слиянию, - "конкурентную значимость приобретения Google большого объема данных из домов многих потребителей для добавления их в свой и без того большой набор данных".⁵⁶

В обоих случаях использование ценоориентированного анализа не позволило Европейской комиссии предвидеть, могут ли слияния помочь компаниям в поддержании своего доминирующего положения и достижении монопольного статуса на рынках, уменьшив источники ценных персональных данных и не нанося при этом ущерба цене или качеству в краткосрочной перспективе⁵⁷.

Осознавая трудности применения ценноориентированного подхода в контексте некоторых цифровых рынков, определённые авторы предлагают рассматривать раскрытие персональных данных как неденежную цену, которую платят потребители за пользование бесплатными онлайн-сервисами.⁵⁸

В литературе всё чаще подчёркивается, что потребители платят своими персональными данными за бесплатные товары и услуги, предлагаемые бесплатными онлайн-платформами.⁵⁹ Идея о том, что конфиденциальность является реальной ценой, которую потребители платят на онлайн-рынках,

55 Colleen Taylor, 'Google's \$3.2 Billion Acquisition of Nest Gets the FTC Green Light' (*Techcrunch*, 7 February 2014) < <https://techcrunch.com/2014/02/06/googles-3-2-billion-acquisition-of-nest-gets-the-ftc-green-light/> > accessed 20 March 2023.

56 Stucke and Grunes (n 9) 108

57 Stuart (n 52) 413

58 Stucke and Grunes (n 9) 107. See also Michal S Gal and Daniel L Rubinfeld, 'The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement' [2016] 80 *Antitrust Law Journal*, 521-562.

59 David S Evans, 'Attention Platforms, the Value of Content and Public Policy' [2019] 54 *Review of Industrial Organization*, 775: 792; Gianclaudio Malgieri and Bart Custers, 'Pricing Privacy: The Right to Know the Value of Your Personal Data' [2018] 34 *Computer Law & Security Review* 289; : John M Newman, 'The Myth of Free' [2018] 86 *George Washington Law Review* 513, 551-555; Gal and Rubinfeld (n 49) 522, 528 ; Chris Jay Hoofnagle and Jan Whittington, 'Free Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price' [2014] 61 *UCLA Law Review*, 654;

основана на экономической концепции "privacy calculus"⁶⁰ ("калькулятора конфиденциальности"). Эта модель предполагает, что потребители всегда рационально взвешивают потенциальные выгоды и потенциальные риски при принятии решений о раскрытии данных при совершении онлайн-сделок или выборе бесплатных онлайн-услуг⁶¹ с целью максимизации своей выгоды.⁶²

Следуя этой теории, можно предположить, что количество персональных данных, передаваемых в обмен на бесплатную онлайн-услугу, соответствует денежной цене, которую потребители платят при использовании услуг и товаров с нулевой ценой.⁶³ Если принять экономическую предпосылку о том, что персональные данные или конфиденциальность составляют цену, которую потребители платят за бесплатные онлайн-услуги, уменьшение уровня защиты конфиденциальности должно рассматриваться как повышение цены.⁶⁴

Европейский союз уже начал признавать, что цифровые рынки могут заменять денежную цену, которую должны заплатить потребители, определённым количеством персональных данных, которые они предоставляют в обмен на бесплатные онлайн-услуги.⁶⁵ Это подчеркивается в Европейском кодексе электронных коммуникаций 2018 года, который рассматривает обработку персональных данных и предоставление рекламных предложений, как издержки со стороны потребителя.⁶⁶

60 Tamara Dinev and Paul Hart, 'An Extended Privacy Calculus Model for E-Commerce Transactions' [2003] 17 (1) Information System Research, 61-62.

61 Ibid., 62-68; II-Horn Hann et al., 'Overcoming Online Information Privacy Concerns: An Information-Processing Theory Approach' [2007] 24 (2) Journal of Management Information Systems 13-17; II-Horn Hann et al. 'Online Information Privacy: Measuring the Cost-Benefit Trade-Off' (International Conference of Information Systems Proceedings 2-3, Barcelona, 15-18 December 2002) < <http://aisel.aisnet.org/icis2002/> > accessed 11 March 2023; Joseph E Phelps, Giles D'Souza and Glen J Nowak, 'Antecedents and Consequences of Consumer Privacy Concerns: An Empirical Investigation' [2001] 15 (4) Journal of Interactive Marketing 2-4.

62 Dinev and Hart (n 60) 62

63 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: Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor (2014). Robert H Lande, 'The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy Is an Antitrust Concern' (2008) University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No 2008-06 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121934 > accessed 7 January 2023.

64 Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, 'No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data' The University of Tennessee Legal Studies Research Paper # 269 May 2015, The Antitrust Source (April 2015) < <http://ssrn.com/abstract=2600051> > accessed 15 March 2023.

65 Robertson (n 13) 170

66 Directive (EU) 2018/1972 of 11 Dec. 2018 establishing the European Electronic Communications Code [2018], para. 16

Проблема данного подхода заключается в том, что нелегко определить ценность защиты персональных данных как параметра, не связанного с ценой.⁶⁷ Поскольку настоящей цены нет, традиционный тест SSNIP (незначительное, но существенное, длительное увеличение цены) неприменим.⁶⁸

Учитывая эту главную ограниченность подхода, при котором конфиденциальность рассматривается как неденежная цена, некоторые авторы предложили вместо этого анализировать воздействие увеличенного сбора персональных данных на конфиденциальность пользователей через призму качества.^{69 70 71}

Раздел 1.2 Конфиденциальность как элемент качества

Качество является ключевым фактором, помимо цены, который учитывают потребители при принятии решения о покупке продукта или услуги.⁷²

Европейская комиссия подчеркивает важность неценовых параметров конкуренции, таких как качество продукта, при проведении анализа слияний⁷³. В случае слияния Microsoft/Skype⁷⁴, например, Комиссия признала, что

67 Zhengmin Li, 'The Implication of Data Concentration on EU Merger Control on EU Merger Control' (Master Thesis Lund University faculty of law, 2020) 31 <

<file:///C:/Users/installuser/Documents/Sam's%20documents/%D0%9D%D0%98%D0%A1%D0%98%D0%9F%D0%9F/Merger%20control%20and%20Big%20Data/Second%20wave%20of%20articles/Li%20Implications%20of%20data%20concentrations%20in%20EU%20merger%20control.pdf> >> accessed January 18 2023.

68 Maria T.Patakyova, 'Competition Law in the Digital Era-How to define the relevant market' (the 4th Conference on Economics and Management Proceedings, Belgrade, 3 September 2020) 175 <

<https://doi.org/10.31410/EMAN.2020g.171> > accessed 1 January 2023.

69 Lande (n 51) 1; Natasha Just, 'Governing online platforms: Competition policy in times of platformization' [2018] 42 (5) Telecommunication Policy, 386, 388.

70 Ariel Ezrachi and Victoria H.S.E Robertson, 'Competition, market power and third-party tracking' [2019] 42 World Competition, 5-19: 13

71 OECD (n 21) 16

72 OECD (n 21) 5

73 Commission, Horizontal Merger Guidelines under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (the 'EUMR'), OJ C 31/5, 5.2.2004 (the 'Horizontal Guidelines') para 8; См., также Commission, Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings [2008] OJ C 265/07, 10.

74 *Microsoft/Skype*, COMP/M.6281 C (2011) 7279 Decision 07/10/2011

вопросы, связанные с конфиденциальностью, "могут учитываться при оценке конкуренции в той мере, в которой потребители считают [конфиденциальность] значимым фактором качества".⁷⁵

В случае слияния Microsoft/LinkedIn Европейская комиссия признала, что защита данных является «значительным фактором качества» и поэтому должна рассматриваться как параметр, на основе которого компании могут конкурировать или подавлять конкуренцию.⁷⁶

Решение ЕС в деле слияния Facebook/WhatsApp также признает наличие конкуренции или конфиденциальности как компонента общего пользовательского опыта или качества продукта и отмечает, что многие приложения для обмена сообщениями специально обращают внимание на вопросы конфиденциальности.⁷⁷

Предполагая, что защита конфиденциальности является мерой качества⁷⁸, можно утверждать, что увеличение концентрации персональных данных, возникающее в результате слияния, может быть рассмотрено как утрата конфиденциальности, эквивалентная ухудшению качества для потребителя.⁷⁹

75 Maurice E. Stucke, 'Should we be concerned about data-polies?' [2018] 2 Georgetown Law Technology Review, 275.

76 EC Press release, 'Mergers: Commission Approves Acquisition of LinkedIn by Microsoft, Subject to Conditions' (IP/16/4284, 6 December 2016). <https://www.europeansources.info/record/mergers-commission-approves-acquisition-of-linkedin-by-microsoft-subject-to-conditions>; accessed 5 March 2023.

77 См. Case M.7217—Facebook/WhatsApp. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20

78 Для "конфиденциальности" как части неценового параметра "качество", см. Stucke (n 75) 285-290, Orla Lynskee, 'Non-price Effects of Mergers- Note (OECD DAF/COMP/WD(2018)70), 25 September 2020 <

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)70/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)70/en/pdf) > accessed 7 December 2022; Erika M. Douglas, 'Digital crossroads: the intersection of competition law and data privacy, report to the global privacy assembly digital citizen and consumer working group, July 2021 <

https://iapp.org/media/pdf/resource_center/Digital_Crossroads_The_Intersection_Competition_Law_Data_Privacy.pdf > accessed 14 January 2023; Wasastjernaz (n 47) 354; Robertson (n 13) 172-183; Giuseppe Colangelo and

Mariateresa Maggiolo, 'Data accumulation and the privacy-antitrust interface: insights from the Facebook case'

International Data Privacy Law [2019] 8 (3) International Data Privacy Law, 369-371; Marco Botta and Klaus Wiederman, 'The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey' [2019] 64 (3) Antitrust Bulletin, 428:446: 429

79 Lande (n 51) 1; Just (n 69) 386, 388.

Некоторые ученые предположили, что антимонопольные органы могут извлекать пользу из попытки количественно оценить снижение конфиденциальности через «небольшое, но значительное и длительное ухудшение качества» (SSNDQ).⁸⁰ Применяя такой тест, антимонопольные органы предполагают, что потребители легко заметят любое незначительное ухудшение качества и, следовательно, будут искать альтернативные «заменяющие» услуги и продукты.⁸¹

Несколько препятствий мешают антимонопольным органам сделать это. Первое из них - недостаток знаний у потребителя о том, как и в какой степени собираются, обрабатываются и передаются их данные⁸². Они также не имеют доступа к информации о том, как их персональные данные оцениваются⁸³. В таких условиях они вряд ли заметят любое ухудшение своей личной конфиденциальности.⁸⁴

Второе препятствие - неприспособленность пользователей к технологическим изменениям.⁸⁵ Исследования показывают, что большинство из них предпочитают придерживаться параметров по умолчанию, даже если они не оптимальны с точки зрения качества или количества собираемых персональных данных, просто потому что им удобен такой выбор и они не хотят сталкиваться с дополнительными затратами на обучение. Этот феномен также может быть назван *высокими затратами на переключение* потребителей.⁸⁶ Склонность к «статус-кво» пользователей была подчеркнута Европейской комиссией в ряде своих решений. В деле Facebook/WhatsApp

80 См., например, Wasastjerna (n 47) 354; Robertson (n 13) 172-183; Colangelo and Maggiolo (n 78) 369-371;

81 Stuart (n 52) 407-436

82 Botta and Wiedeman (n 78) 424

83 Economides and Lianos (n 33) 24

84 Stuart (n 52) 41

85 Yongqiang Sun, Dina Liu, Sijin Chen, Xingrong Wu, Xiao-Liang Shen, Xi Zhang, 'Understanding Users' Switching Behavior of Mobile Instant Messaging Applications: An Empirical Study from the Perspective of Push-Pull-Mooring Framework' [2017] 75, Computers in Human Behaviour, 727

86 О затратах на переключение смотрите, например, Aaron S Edlin and Robert G. Harris, 'The Role of Switching Costs in Antitrust Analysis: A Comparison of Microsoft and Google' [2013] 15 Yale Journal of Law and Technology 169-213.

Комиссия отметила, что "потребители могут придерживаться параметров по умолчанию, даже если существует лучшая альтернатива"⁸⁷ — это мнение было также выражено в делах *Microsoft (Tying)*⁸⁸ и *Google/Waze*.⁸⁹

Третьим препятствием является субъективное измерение качества. Эмпирические исследования показывают, что пользователи могут воспринимать влияние слияния на их конфиденциальность по-разному.⁹⁰ Небольшая группа потребителей, которые оценивают конфиденциальность как качество продукта, может беспокоиться о более высокой степени вмешательства, возникающей в результате объединения наборов данных, в то время как большинство потребителей может уделять большее значение существенной эффективности, возникающей в результате увеличения объема собираемых данных, а не его влиянию на их конфиденциальность.⁹¹

Учитывая три вышеупомянутых препятствия, неудивительно, что слияния на основе данных не приводят к принятию общих измерений качества.⁹² Отсюда нежелание Европейской Комиссии блокировать слияния, основанные на данных, только по причине их неблагоприятного влияния на качество продукта или другие неценовые параметры конкуренции.⁹³ В деле *Facebook/WhatsApp*, отметив, что конфиденциальность все более ценится потребителями⁹⁴, Комиссия уклонилась от реальной оценки того, приведет ли

87 *Facebook/WhatsApp* (COMP/M.7217) Commission decision of 3 October 2014 C (2014) 7239 final, paras. 111, 124.

88 *Microsoft (Tying)* Case Comp C-3/39.530 [2009].

89 UK Office of Fair Trading, Completed Acquisition by *Motorola Mobility Holding (Google Inc.) of Waze Mobile Limited*, ME/6167/13 (17 December 2013).

90 Alessandro Acquisti, Curtis Taylor & Liad Wagman 'The economics of privacy' [2016] 54 (2) *Journal of Economic Literature*, 444-448

91 Anita L. Allen, 'Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values', White House Big Data Report, February 2015, 11

<https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/20150204_Big_Data_Seizing_Opportunities_Preserving_Values_Memo.pdf> accessed December 13 2022

92 Geoffrey A. Manne and R. Ben Sperry, 'The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework' [2015] *CPI Antitrust Chronicle*, 10 <<https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2017/09/bootstrapping-privacy.pdf>>

93 Stucke and Grunes (n 9) 16

94 *Facebook/WhatsApp* (COMP/M.7217) Commission decision of 3 October 2014 C (2014) 7239 final, para 87.

слияние к снижению конфиденциальности, рассматриваемой как важный элемент качества продукта.

Недостатки подходов к конфиденциальности как к элементу качества продукта и как к неденежному параметру цены могут быть, по крайней мере, частично решены третьим способом включения конфиденциальности в анализ конкуренции. Он заключается в том, чтобы рассматривать вред для потребителя, связанный с конфиденциальностью, как сокращение потребительского выбора.

Раздел 1.3 Конфиденциальность как элемент выбора потребителя

Согласно этому подходу, недостаточный выбор для потребителей также может быть рассмотрен как снижение потребительского благосостояния.⁹⁵ Такой подход соответствует руководствам Комиссии по политике слияний в которых признаётся, что сокращение разнообразия товаров наносит вред потребителям.⁹⁶

Анализ выбора потребителя впервые был применен к слияниям, основанным на данных, в деле Microsoft/LinkedIn.⁹⁷ В этом решении Комиссия признала, что сопоставление общих персональных данных пользователей может привести к негоризонтальным эффектам, способным исключить конкурентов или потенциальных участников⁹⁸ на рынке.

Кроме того, Комиссия отметила, что эффекты исключения могут привести к ущербу для потребителей, связанному с конфиденциальностью, поскольку они, вероятно, устранят существующих конкурентов, которые предоставляют своим пользователям более высокий уровень защиты

95 В юридическом дискурсе выбор потребителя всегда рассматривался как критерий оценки в конкурентном праве. (см., например, Neil W. Averitt and Robert H. Lande, 'Using the 'Consumer Choice' approach to antitrust law' [2007] 74 Antitrust Law Journal, 175-264).

96 Guidelines on the assessment of horizontal mergers 2004. O.J. C/31/5 para 8

97 Microsoft/LinkedIn (M.8124) Commission decision of 6 December 2016 C (2016) 8408 final

98 Ibid, para 290

конфиденциальности, чем LinkedIn, и, следовательно, ограничат "выбор потребителя".⁹⁹

В деле Google/Fitbit¹⁰⁰ Комиссия пришла к подобным выводам, посчитав, что комбинация баз данных, полученных в результате слияния, может укрепить доминирующее положение Google на рынке поисковой рекламы в Интернете¹⁰¹, и, следовательно, устранить фактических или потенциальных конкурентов, которые могли бы предложить пользователям Fitbit более высокий уровень защиты персональных данных.¹⁰²

В обоих случаях Комиссия посчитала, что слияние могло ограничить выбор потребителей в отношении конфиденциальности, которая, по мнению Комиссии, является важным параметром конкуренции.

Тем не менее, в обоих случаях Комиссия не смогла всецело оценить, нанесет ли объединение данных, полученных в результате этих слияний, ущерб для потребителей в виде снижения уровня защиты конфиденциальности на рынке потребительских товаров.

Учитывая соответствующие недостатки трех путей включения соображений конфиденциальности в регулирование слияний, к которым отсылает практика принятия решений Комиссией (а именно: конфиденциальность как неденежная цена, конфиденциальность как элемент качества продукта, конфиденциальность как элемент потребительского выбора), мы задаемся вопросом: возможен ли другой вариант включения соображений конфиденциальности в регулирование слияний компаний?

99 Microsoft/LinkedIn, para. 350

100 Google/Fitbit (M.9660) Commission decision of 17 December 2020 C (2020) 9105 final OJ C 194/7

101 Simon Vande Walle, 'The European Commission's Approval of Google/Fitbit' [2021] 3 Competition law review, 3

102 Economides and Lianos (n 33) 33

Глава 2. Интеграция защиты данных и конфиденциальности в оценку слияний за пределами материального конкурентного права

В отличие от интеграции защиты данных и конфиденциальности как части предметного анализа конкуренции с точки зрения материального права, можно поставить более далеко идущий вопрос конкурентной политики, а именно: должны ли чисто вопросы защиты данных и конфиденциальности участвовать в анализе конкуренции в качестве отдельного вопроса. Это скорее нормативная дискуссия о том, могут ли правила защиты данных служить элементом правового контекста для определения антиконкурентного поведения. Такой вопрос был рассмотрен ВкА, Федеральным управлением по борьбе с картелями Германии, в деле Facebook – первом случае в Европе, когда антимонопольный орган в явном виде учел защиту персональных данных при оценке конкуренции.¹⁰³ Не отвергая в явном виде концепцию причинения вреда ВкА, основанную на защите частной жизни, Bundesgerichtshof, Федеральный суд Германии, занял несколько иной подход, посчитав, что гигант социальной сети нарушил основное право своих пользователей на информационное самоопределение.¹⁰⁴

Хотя немецкое дело Facebook касается злоупотребления доминирующим положением, возникает вопрос о том, можно ли повторить аргументацию ВкА и Федерального суда в этом деле в контексте контроля за слияниями в ЕС.

Раздел 2.1 Дело Facebook Germany: фундаментальные права человека как нормативное руководство для оценки конкуренции

¹⁰³ Bundeskartellamt 2019 a Decision n B6-22/16 of February 2019a.

¹⁰⁴ See Bundesgerichtshof, Order of 23 June 2020 in Case KVR 69/19 p. 47-49)

В 2016 году ВкА возбудило дело против Facebook в связи с ее практикой обработки данных. В ходе своего расследования Федеральное управление по борьбе с картелями Германии установило, что условия социальной сети требовали от пользователей разрешения на обработку их персональных данных. По сути, принимая эти условия, пользователи Facebook разрешали социальной сети собирать, объединять и анализировать данные, полученные этими пользователями из ряда различных онлайн-источников, а именно данные, полученные на (1) самом сайте Facebook.com, (2) любом другом сервисе, принадлежащем Facebook, таком как Instagram и WhatsApp, а также на любом сайте третьей стороны, использующем "Facebook Business Tools".¹⁰⁵ Таким образом, Facebook получил возможность отслеживать перемещения людей (как географически, так и в сети) и собирать подробные данные о пользователях своей социальной сети, а также о тех, кто не был зарегистрирован на Facebook, но посещал сайты третьих сторон, на которых были интегрированы бизнес-инструменты Facebook. Это позволило Facebook создать обширную базу данных с очень подробными профилями пользователей, включая такие сведения, как имена, возраст, пол, фотографии, друзья, местонахождение, покупательское поведение, интересы, политические взгляды, сексуальная ориентация и другие.¹⁰⁶ Эти данные позволили социальной сети продавать бизнесу услуги по размещению рекламы в Интернете с высокой степенью направленности, что позволило адаптировать рекламу к конкретным профилям.¹⁰⁷

6 февраля 2019 года, спустя почти три года после возбуждения дела, ВкА вынес решение, в котором установил, что Facebook злоупотребил своим доминирующим положением на рынке частных социальных сетей в Германии, обусловив в своих условиях пользования социальной сетью Facebook

105 Ibid.10

106 Brian X. Chen, 'I Downloaded the Information That Facebook Has on Me. Yikes' (*New York Times*, 11 April 2018)

107 Anne C. Witt, 'The Excessive Data Collection as Anticompetitive Conduct: the German Facebook Case' [2021] Jean Monnet Working Paper 8/19, New York University School of Law p.9 <
<https://ssrn.com/abstract=3671445> > accessed 2 January 2023

("Facebook.com") интенсивный сбор и использование пользовательских данных¹⁰⁸, полученных в результате деятельности вне Facebook через принадлежащие Facebook сервисы (такие как WhatsApp и Instagram) и посещаемые веб-сайты или используемые мобильные приложения третьих сторон, а также путем объединения этих данных с учетной записью пользователя Facebook.com.¹⁰⁹

Затем ВкА запретил Facebook объединять персональные данные, полученные с Facebook.com/Facebook.de, принадлежащих Facebook сервисов и третьих компаний, использующих бизнес-инструменты Facebook, в соответствии с действующими условиями обслуживания пользователей Facebook, проживающих в Германии.¹¹⁰ ВкА применил не статью 102 TFEU, а немецкие правила о злоупотреблении доминирующим положением (разделы 19(1), 32 GWB - немецкого закона о конкуренции). После обоснования того, почему Facebook занимает доминирующее положение на рынке социальных сетей в Германии (где его доля рынка составляет более 90%), ВкА утверждало, что эти условия конфиденциальности ведут к злоупотреблению, поскольку они нарушают Общий регламент по защите данных (GDPR), т.е. ВкА использовало нарушение законодательства ЕС о защите данных в качестве ориентира для определения злоупотребляющего характера условий предоставления услуг Facebook.¹¹¹ ВкА потребовало от Facebook внести далеко идущие изменения в политику сбора данных.¹¹² Оно предписало "отделить" деятельность Facebook от деятельности принадлежащих Facebook сервисов (таких как WhatsApp и Instagram), и сайтов третьих сторон, и мобильных приложений, использующих бизнес-инструменты Facebook.

108 Oliver Budzinsky, Marina Grusevaja and Victoria Noskova 'The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection' [May 2020] Vol.26 Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 139, Institute of Economics of the Ilmenau University of Technology, 3 < <https://www.tu-ilmenau.de/wpo/forschung/> > accessed 13 January 2023.

109 *Facebook* Decision (6 February 2019), B6-22/16

110 Bundeskartellamt, *Facebook*, 'Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing' B6-22/16 Case Summary of Decision 6 February 2019, 12

111 Kerber and Zolna (n 28) 220

112 Witt (n 107) 11

ВкА подал апелляцию на временное постановление Высшего окружного суда Дюссельдорфа в Bundesgerichtshof, Федеральный суд¹¹³ – высший суд общей юрисдикции Германии. 23 июня 2020 года Федеральный суд отменил постановление Высшего окружного суда Дюссельдорфа о приостановлении действия апелляции.^{114 115} Основные судебные разбирательства по этому делу продолжаются, и окончательное решение может занять годы.¹¹⁶

Не отвергая в явном виде концепцию вреда ВкА, основанную на конфиденциальности, Bundesgerichtshof занял несколько иной подход.

По мнению Федерального суда Германии, вопрос заключался “не столько в том, нарушает ли политика сбора данных Facebook закон о защите персональных данных, сколько в праве на информационное самоопределение, которое защищено конституцией Германии”. Суд постановил, что право на информационное самоопределение дает людям возможность решать, должны ли их личные данные быть доступны другим лицам и как они могут быть использованы.¹¹⁷ Суд утверждал, что, принуждая пользователей через свои условия предоставления услуг пользоваться сильно персонализированными услугами (с согласием на объединение и использование обоих наборов данных) и отказывая им в выборе между (1) более персонализированным сервисом на Facebook, который действительно может потребовать обширного сбора данных из всех трех источников, и (2) менее персонализированным сервисом, основанным на данных, которые потребители решили раскрыть на Facebook.com¹¹⁸, Facebook Germany нарушил основное право своих пользователей на информационное самоопределение.¹¹⁹

113 Bundesgerichtshof Order of 23 June 2020 in Case KVR 69/19

114 Id.

115 Для юридического анализа решения суда Bundesgerichtshof, см. Rupperecht Podszum, ‘Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der ‘Facebook’-Entscheidung des BGH, [2020] GRUP, 1268-1276; Marija Stojanovic, ‘Can competition law protect consumers in cases of a dominant company breach of data protection rules?’ [2020] 16 (2-3) European Competition Journal, 531-569; Klaus Wiedmann ‘Zum Zusammenspiel von Datenschutzrecht unter Kartellrecht in der Digitalökonomie’ [2021] 6 CR 425-432

116 Podszum, Id., 1276. После промежуточного решения Федерального суда Германии OLG Дюссельдорфа (2021) направила запрос на вынесение предварительного решения в Европейский суд в марте 2021 года.

117 Kerber and Zolna (n 28) 239

118 Witt (n 107) 33

119 See Bundesgerichtshof, Order of 23 June 2020 in Case KVR 69/19 p. 47-49)

Кроме того, суд, во-первых, подчеркнул, что Facebook со своей сетью социальных медиа предоставляет коммуникационную платформу, которая, по крайней мере, для растущего числа потребителей в значительной степени необходима для их участия в общественной жизни, а также для публичного обсуждения политических, социальных, культурных и экономических вопросов.¹²⁰ По мнению суда, это создает особую юридическую ответственность в отношении условий использования этой платформы с точки зрения информационного самоопределения.¹²¹ Во-вторых, суд указал, что злоупотребляющий характер такого поведения в данном случае является результатом как эксплуатации потребителей, так и негативного воздействия на конкуренцию, то есть суд усмотрел прямую связь между злоупотреблением, имеющим характер эксплуатации, и исключаяющим воздействием (т.е. на рекламные рынки).¹²²

Решение Bundesgerichtshof по делу Facebook Germany представляет собой огромный шаг в направлении рассмотрения вопросов конфиденциальности и защиты персональных данных в конкурентном праве, поскольку оно признает возможность использования фундаментальной ценности информационного самоопределения в качестве критерия для решения вопроса о том, является ли одностороннее поведение доминирующей фирмы (одностороннее поведение или слияние) приемлемым или злоупотребляющим с точки зрения его влияния на конфиденциальность.¹²³

Хотя немецкое дело Facebook касается злоупотребления доминирующим положением, возникает вопрос о том, может ли последовательность

120 Bundesgerichtshof, p.49

121 Bundesgerichtshof, p.41

122 Bundesgerichtshof, p.27

123 Kerber and Zolna (n 28) 221

аргументации Bundesgerichtshof в этом деле быть повторена в контексте контроля за слияниями в ЕС.

Раздел 2.2 *Вопрос о применимости аргументации Федерального суда Германии в деле Facebook Germany к контролю за слияниями в ЕС*

На этот главный вопрос будет дан ответ с помощью двух дополнительных вопросов. Первый вопрос заключается в том, возможно ли применить решение, основанное исключительно на немецком законодательстве¹²⁴, к законодательству ЕС о конкуренции.¹²⁵ Если бы это было так, то можно было бы задаться вопросом, возможно ли было бы использовать принципы / концепцию решения Федерального суда Германии по делу Facebook о злоупотреблении доминирующим положением при рассмотрении дела о слиянии.

Подраздел 2.2.1 *Вопрос о применимости к законодательству ЕС о конкуренции аргументации из решения по делу Facebook Germany, которое касалось исключительно немецкого законодательства*

Андреас Мундт, президент ВКА (Федерального управления по борьбе с картелями), 17 апреля 2019 года заявил, что решение «Facebook Germany» может быть легко воспроизведено в соответствии с законодательством ЕС о конкуренции, поскольку немецкое законодательство о конкуренции практически идентично законодательству ЕС о конкуренции.¹²⁶

Действительно, можно утверждать, что поведение, подобное тому, о котором идет речь в решении по делу Facebook, также попадает под действие

124 Ibid. 23

125 Ibid.

126 Global Competition Law Centre (GCLC) 108th Lunch Talk (17 April 2019), reported by MLex, “Facebook’s antitrust order in Germany ‘easily’ replicated in EU law, Mundt says” (17 April 2019). Президент Мундт сослался по этому поводу также на заявление профессора фон Данвица на 19-й Международной конференции по конкуренции (ИКК) в Берлине 15 марта 2019 года; см. примечание ниже.

статьи 102 Договора о функционировании Европейского Союза (TFEU).¹²⁷ Томас фон Данвиц считает, что это так, поскольку по своей формулировке и структуре раздел 19(1) Закона о конкуренции ФРГ и статья 102 Договора о функционировании Европейского Союза очень похожи. Обе нормы в их немецкой версии требуют демонстрации доминирующего положения (“marktbeherrschende Stellung”) и злоупотребления им (“missbräuchliche Ausnutzung”).¹²⁸

Статья 102 Договора о функционировании Европейского Союза, как и раздел 19(1) немецкого Закона о конкуренции, запрещает любое злоупотребление доминирующим положением. Профессор фон Данвиц, однако, отмечает, что статья 102 Договора о функционировании Европейского Союза дополнительно требует, чтобы доминирующее положение сохранялось на всем или значительной части внутреннего рынка ЕС и чтобы злоупотребления влияли на торговлю между государствами - членами ЕС.¹²⁹ Что касается первого из этих условий, Федеральное антимонопольное агентство Германии установило, что Facebook занимает доминирующее положение на немецком рынке социальных сетей для частного использования. Поскольку Германия является крупнейшим государством-членом ЕС, не может быть никаких сомнений в том, что такой рынок, как немецкий, составляет значительную часть внутреннего рынка ЕС.¹³⁰ Хотя немецкий антимонопольный орган и не сделал никаких выводов в этом отношении, но также вероятно, что Facebook может быть признан доминирующим по всему ЕС.

Что касается потенциального влияния злоупотреблений на торговлю между государствами-членами ЕС, в решении Facebook упоминается, что

127 См. Thomas von Danwitz, ‘Privacy and competition law’ (Statement for the 19th IKK International Conference on Competition, Berlin, 15 March 2019), reported by *MLex*, “Privacy-abusing tech companies could attract EU antitrust enforcement, judge warns” (15 March 2019).

128 Wouter P.J Wils, ‘The obligation for the competition authorities of the EU Member States to apply EU antitrust Law and the Facebook decision of the Bundeskartellamt’ [2019] 3 *Concurrences*, 63.

129 Von Danwitz (n 127).

130 Действительно, каждое государство-член, вероятно, будет рассматриваться как существенная часть ЕС; see R. Whish and D. Bailey, *Competition Law* (9th edition, Oxford 2018) at 196

услуги Facebook Ireland Ltd. предоставляются в Германии, в то время как большинство более мелких конкурентов базируются в Германии.¹³¹ Таким образом, исключительный эффект поведения Facebook по отношению к конкурирующим частным поставщикам социальных сетей, как выяснил немецкий антимонопольный орган, по-видимому, способен повлиять на структуру торговли между государствами-членами.¹³² Более того, хотя это не было рассмотрено антимонопольным органом, возможно, в некоторых государствах-членах ЕС, в отличие от Германии, действуют более мелкие поставщики социальных сетей, чей потенциальный вход на немецкий рынок может быть затруднен поведением Facebook, как установлено Федеральным управлением по борьбе с картелями.

Профессор фон Данвиц делает вывод, что концепция доминирования в разделе 19(1) Закона о конкуренции ФРГ и в статье 102 Договора о функционировании Европейского Союза по существу идентична, и, по-видимому, нет оснований полагать, что вывод о доминировании, сделанный немецким антимонопольным органом в соответствии с разделом 19(1) GWB, не мог быть в равной степени сделан в соответствии со статьей 102 Договора.

Что касается понятия злоупотребления, то действительно, нет решения судов ЕС или Европейской комиссии относительно статьи 102 Договора о функционировании Европейского Союза, которое было бы идентично решению Федерального суда Германии по делу «VBL-Gegenwert», относительно раздела 19(1) Закона Германии о конкуренции.¹³³ Однако, согласно статье 1(3) Регламента 1/2003, “злоупотребление доминирующим положением, упомянутое в статье 102 Договора, запрещается, и никакого предварительного решения на этот счет не требуется.

131 *Facebook Decision*, paragraphs 3, 187, 197, 199, 207, 268 to 271 and 392.

132 Patterns of trade are also affected when the abuse causes an increase in trade; see Judgments of 13 July 1966, *Consten and Grundig v Commission*, 56/64 and 58/64, EU:C:1966:41, p. 341; and of 23 November 2006, *Asnef-Equifax and Administración del Estado*, C-238/05, paragraph 38. See also European Commission, *Guidelines on the effect on trade concept in Articles 81 and 82 of the Treaty*, [2004] OJ C101/81, paragraph 34.

133 Judgment of 24 January 2017, KZR 47/14, *VBL-Gegenwert II*

Второе предложение статьи 102 Договора о функционировании Европейского Союза прямо предусматривает, что “злоупотребление может, в частности, быть в прямом или косвенном установлении несправедливых цен на покупки или продажи или других несправедливых условий”.

Воутэр П. Дж. Вилс считает, что такая формулировка допускает возможность того, что навязывание невыгодных условий в отношении доступа к персональным данным также подпадает под статью 102 Договора о функционировании Европейского Союза, особенно на таком рынке, как рынок частных социальных сетей, где такие услуги, как «Facebook.com» предлагаются якобы “бесплатно” пользователям, в то время как в экономической реальности “цена покупки” этих услуг - это персональные данные, которые пользователи должны предоставить, чтобы воспользоваться предлагаемыми услугами.^{134 135}

Как отметил профессор фон Данвиц,¹³⁶ прецедентное право Суда ЕС предусматривает, что при применении законодательства ЕС о конкуренции всегда должен учитываться правовой контекст практики¹³⁷ и несоответствие другим отраслям права.¹³⁸

Действительно, статья 7 Договора о функционировании Европейского Союза предусматривает, что ЕС должен “обеспечивать согласованность между своей политикой и деятельностью, принимая во внимание все свои цели”. В соответствии со статьей 6(1) Договора о Европейском союзе, Хартия основных прав Европейского союза имеет “ту же юридическую силу, что и Договоры”. Статья 8 Хартии предусматривает, что “каждый человек имеет

134 Wils (n 128) 12

135 См., также Article 3(1) and recital 24 of Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, [2019] OJ L136/1, which equate the provision of personal data by a consumer to obtain digital content or a digital service with the payment of a price.

136 Von Danwitz (n 127)

137 Judgments of 26 September 2018, *Infineon Technologies v. Commission*, C-99/17 P, EU: C: 2018:773, paragraph 156 and the case law cited, and of 10 December 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, EU: C: 1991: 464, paragraphs 3, 4 and 17 to 20.

138 Judgment of 14 March 2013, *Allianz Hungária*, C-32/11, EU: C: 2013:160, paragraphs 46 and 47. See, however, also Judgment of 6 December 2012, *AstraZeneca v. Commission*, C-457/10 P, EU: C: 2012:770, paragraph 132.

право на защиту касающихся его персональных данных” и что такие данные “должны обрабатываться справедливо в определенных целях и на основе согласия заинтересованного лица или на каком-либо другом законном основании, предусмотренном законом”. Общий регламент по защите данных (GDPR) подробно устанавливает права субъектов персональных данных и обязанности тех, кто обрабатывает и определяет порядок обработки персональных данных.¹³⁹

Как также указывал профессор фон Данвиц,¹⁴⁰ прецедентное право Суда ЕС показывает, что “справедливость” условий торговли по смыслу статьи 102 TFEU может быть оценена с использованием принципов необходимости, пропорциональности и прозрачности в качестве соответствующих критериев.¹⁴¹ Это также основные принципы закона о защите данных.¹⁴²

Таким образом, в соответствии со статьей 102 TFEU также представляется возможным использовать принципы Общего регламента по защите данных (GDPR) в качестве ориентира для оценки несправедливости торговых условий и, следовательно, наличия злоупотреблений.

Конечно, это не означает, что любое нарушение закона о защите данных автоматически является нарушением законодательства ЕС о конкуренции. Действительно, Суд ЕС заявил в деле «Asnef Equifax», что вопросы конфиденциальности как таковые не являются вопросами законодательства о конкуренции.¹⁴³ Как было указано профессором фон Данвицем,¹⁴⁴ подобные

139 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), [2016] OJ L119/1, Article 1(1) and recital 11.

140 Von Danwitz (n 127)

141 Judgments of 21 March 1974, BRT and SABAM, 127/73, EU:C:1974:25, of 16 July 2009, Der Grüne Punkt–Duales System Deutschland v Commission, C-385/07 P, EU:C:2009:456, paragraph 142, and of 6 December 2012, AstraZeneca v Commission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, paragraph 93.

142 См. Articles 5 and 6 GDPR; see also Harri Kalimo and Klaudia Majcher, ‘The concept of fairness: linking EU competition and data protection law in the digital marketplace’ [2017] 42 (2) European Law Review 210 at 213; Giulia Schneider, ‘Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt’s investigation against Facebook’ [2018] 9 Journal of European Competition Law & Practice 213 at 223; Inge Graef, Damian Clifford and Peggy Valecke, ‘Fairness and enforcement: bridging competition, data protection, and consumer law’ [2018] 8 (3) International Data Privacy Law 200.

143 Judgment of 23 November 2006, Asnef Equifax and Administración des Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, paragraph 63

144 Von Danwitz (n 127)

случаи необходимо рассматривать в индивидуальном порядке, с учётом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела, это необходимо для того, чтобы понять: может ли поведение, подпадающее под действие правил конфиденциальности, приравниваться к антиконкурентной практике.

В своем решении относительно Facebook немецкий антимонопольный орган проводит такую экспертизу. При этом Facebook не только использует условия предоставления услуг в ущерб потребителям, но и ограничивает конкурентов, предоставляя себе доступ к большому количеству дополнительных источников данных, что дает Facebook дополнительное конкурентное преимущество перед конкурентами и укрепляет его положение на рынке. Барьеры для входа, в свою очередь, укрепляют рыночную власть Facebook по отношению к потребителям. Как отметил Воутэр Вилс, решение Facebook, таким образом, выходит далеко за рамки простого "повторного рассмотрения" факта нарушения закона о защите данных.^{145 146}

Таким образом, применимость статьи 102 Договора о функционировании Европейского Союза предусматривает, что к поведению, подобному тому, которое было установлено в решении Facebook, также не может быть опровергнуто на том основании, что существует недостаточная связь между поведением и доминирующим положением.¹⁴⁷

Действительно, решение по делу Facebook демонстрирует двойную связь: во-первых, доминирующее положение компании Facebook имеет значение как для баланса интересов, так и для эффективности согласия в соответствии с принципами защиты данных и, следовательно, для оценки несправедливости условий использования, а во-вторых, поведение Facebook имеет эффект

145 Wils (n 128) 12

146 Compare with Judgments of the EU General Court of 10 March 1992, *SIV v Commission*, T-68/89, EU:T:1992:38, paragraph 360 and of 23 October 2003, *Van den Bergh Foods v Commission*, T-65/98, EU:T:2003:281, paragraph 162

147 Об этом требовании см. Judgment of the EU Court of Justice of 13 February 1979, *Hoffmann-La Roche v Commission*, 85/76, EU:C:1979:36, paragraph 91, and P. Vogelsang, 'Abuse of a Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Applications' (1976) 13 *Common Market Law Review* 61.

исключения по отношению к конкурентам, укрепляя доминирующее положение Facebook по отношению к потребителям.

Вывод из вышесказанного заключается в том, что поведение, подобное тому, которое было обнаружено в решении немецкого Федерального управления по борьбе с картелями относительно Facebook, возможно, также подпадает под статью 102 Договора о функционировании Европейского союза.¹⁴⁸ Если это так, то еще предстоит выяснить, могут ли принципы / концепции, вытекающие из применения аргументации решения Facebook, быть использованы в контексте контроля ЕС за слияниями.

Подраздел 2.2.2 Вопрос о применимости аргументации Bundeskartellamt в деле Facebook Germany о злоупотреблении доминирующим положением к контролю за слияниями в ЕС

Прежде чем ответить на второй подвопрос, следует подчеркнуть, что о возможности того, что закон о защите данных или фундаментальная ценность частной жизни могут служить юридическим критерием для оценки того, может ли слияние, ориентированное на данные, привести к нарушению частной жизни пользователей, было сказано очень мало, за исключением заявления Памелы Дж. Харбор в деле о слиянии Google и DoubleClick. В особом мнении уполномоченный FTC указал, что последствия сделки, основанной на использовании данных, должны рассматриваться "как с точки зрения конкуренции, так и с точки зрения защиты прав потребителей"¹⁴⁹, и призвал антимонопольные органы блокировать слияния и поглощения, которые потенциально могут поставить под угрозу права на защиту данных частных лиц, если объединяющаяся компания не обязуется гарантировать конфиденциальность этих данных.¹⁵⁰

Данное мнение поднимает вопрос о том, может ли такой результат быть достигнут посредством переноса дела Facebook, рассмотренного ВКА, в

148 Wils (n 131) 64 g

149 Pamela J. Harbour, "Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in the Matter of Google/DoubleClick F.T.C No 071-0170'1.

150 Harbour and Koslov (n 145) 76

систему контроля за слияниями в ЕС. Если это возможно, то крупная цифровая платформа, приобретающая другую компанию, занимающуюся сбором и обработкой персональных данных, которая может укрепить свое доминирующее положение путем объединения персональных данных, полученных из основных сервисов платформы, с данными из сервисов, предлагаемых приобретаемой компанией, будет запрещена на основании того, что это нарушает законодательство ЕС о защите данных.

Перенос прецедентного права Facebook на анализ слияний в ЕС предполагает, таким образом, определение потенциального рынка данных, на котором фирма-покупатель может укрепить свое доминирующее положение; возможность того, что фирма-покупатель выполнит свое обещание не заниматься чрезмерным сбором персональных данных до заключения сделки, а если до заключения сделки будет установлено, что существует риск того, что она этого не сделает, возможность антимонопольных органов использовать законодательство ЕС о защите данных в качестве критерия для определения того, может ли приобретение привести к эксплуатации пользователей, подобно той, которая наблюдалась в ведущем немецком деле Facebook.

Анализ практики принятия решений Европейской комиссией показывает, что ни одно из этих условий до сих пор не было выполнено, по крайней мере, удовлетворительным и полным образом. Что касается первого условия, то Комиссия весьма неохотно признает, что приобретение крупной цифровой компанией другой фирмы, также занимающейся сбором и обработкой персональных данных, автоматически приводит к усилению доминирующего положения компании-покупателя. Такая точка зрения основана на предположении, что потребительские данные являются неконкурентными, неисключительными и широко доступными, и что конкуренты могут собирать, анализировать и хранить необходимые данные достаточно дешево, будь то самостоятельно или заключив договор с третьими лицами.¹⁵¹

151 Anja Lambrecht and Catherine E. Tucker, 'Can Big Data Protect a Firm From Competition?' [2017] CPI ANTITRUST CHRONICLE 11, 12

В своей оценке вертикальных проблем, возникших при слиянии Microsoft, технологической компании, которая разрабатывает, производит, лицензирует, поддерживает и продает компьютерное программное обеспечение, потребительскую электронику, персональные компьютеры и услуги, и LinkedIn, профессиональной социальной сети, которая работает через веб-сайт и мобильное приложение, Комиссия сосредоточилась на теоретической возможности того, что объединенная компания может участвовать в принудительном обращении взыскания на входные данные путем отказа в доступе к важным ресурсам¹⁵², а именно к доступу ко всем данным LinkedIn определенным конкурентам, т.е. конкурирующим поставщикам услуг по управлению взаимоотношениями с клиентами (CRM).¹⁵³

Комиссия провела классический анализ обращения взыскания на входные данные и обнаружила, что данные LinkedIn не могут быть охарактеризованы как “важные данные”¹⁵⁴ для рынка CRM, а значит, доступ к этим данным не даст Microsoft конкурентное преимущество на этом рынке. Поэтому любое воздействие на конкуренцию на рынке программных решений CRM было исключено.¹⁵⁵

В своем обзоре слияния Facebook/WhatsApp Комиссия также не нашла причин для беспокойства в отношении усиления позиций Facebook на рынке рекламных услуг в Интернете, поскольку осталось бы достаточное количество альтернативных поставщиков онлайн-услуг, включая, например, Microsoft, Apple, Amazon, eBay и Twitter¹⁵⁶. По мнению Комиссии, такая конкуренция

152 *Microsoft/LinkedIn* (M.8124) Commission decision of 6 December 2016 C (2016) 8408 final, para 246. For another example of a data-related vertical merger, see *TomTom/Tele Atlas*, Case COMP/M.4854, Commission Decision of May 14, 2008.

153 Управление взаимоотношениями с клиентами (CRM) — это сочетание практик, стратегий и технологий, которые компании используют для управления и анализа взаимодействий с клиентами и данных на протяжении всего жизненного цикла клиента. Wesley Chai, Tim Ehrens and Karolina Kiwak, ‘Customer relationship management-a definition’ (*Techtarget*) <<https://www.techtarget.com/searchcustomerexperience/definition/CRM-customer-relationship-management>> accessed 18 March 2023

154 В этом значении ‘Non-Horizontal Guidelines’ under the EUMR OJ C 65/6, 18.10.2008. См. *Microsoft/LinkedIn* (Case COMP M.8124) Commission decision of 6 December 2016 C (2016) 8408 final, para 400

155 Sonia-Denisa Fedorovici, ‘The role of data in mergers-the need to define a relevant market for data’ (Master Thesis, University of Oslo faculty of law 2018) 29

156 *Facebook/WhatsApp*, para 188

означала, что большое количество данных пользователей Интернета, ценных для рекламных целей, останется вне исключительного контроля Facebook.¹⁵⁷

Проведенный Комиссией анализ рынков данных можно подвергнуть критике в двух аспектах. Во-первых, ее определение рынка было сосредоточено только на платном рынке онлайн-рекламы, игнорируя при этом "бесплатную" пользовательскую сторону многосторонних онлайн-платформ.¹⁵⁸ В результате ни в одном из этих случаев слияния деятельность по сбору данных, осуществляемая на рынке с нулевой ценой, не рассматривалась в качестве релевантного рынка. Как заметил Федоровичи, "простое наблюдение за тем, что на рынке остается достаточно данных, не может заменить надлежащий анализ рынка данных, который не проводился *in casu*. В таких условиях мы не можем знать наверняка, действительно ли нужный и полезный объем данных остается доступным для других конкурентов на рынке".¹⁵⁹

Во-вторых, проведенный Комиссией анализ доступности альтернативных источников данных для существующих или потенциальных конкурентов остался поверхностным.¹⁶⁰ В деле Facebook/WhatsApp Комиссия пришла к выводу, что независимо от комбинации наборов данных между сторонами, достаточное количество данных останется доступным на рынке для других конкурентов.¹⁶¹ Делая такой вывод, она подразумевала, что все данные, доступные в Интернете, могут быть заменены данными Facebook.¹⁶² Она не

157 *Facebook/WhatsApp*, para 189

158 Это имело место, например, в *Google/DoubleClick* and *Microsoft/Yahoo! mergers*. См. *Google/DoubleClick* Case COMP/M.4731 Commission decision of 11 March 2008 C (2008) 927 Final O.J.C 184/10, paras 44, 81; *Microsoft/Yahoo! Search Business* (COMP/M.5727), Commission decision of 18 February 2010 C (2010) 1077 paras 60, 87; Lapo Filistrucchi et al. 'Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice' [2013] TILFC Discussion Paper No2013-9, 16; Gal and Rubinfeld (n 49) 521, 551

159 Fedorovici (n 160) 31

160 Комиссия все еще оценивала этот аспект, по крайней мере в некоторой степени, в *Google/DoubleClick* (Case COMP/M.4731) Commission decision of 11 March 2008 C (2008) 927 Final O.J.C 184/10 paras 268, 273 et 365. Однако она полностью отказалась от такого анализа в своем решении *Facebook/WhatsApp*. См. Marc Bourreau, Alexandre de Streel and Inge Graef, 'Big Data and Competition Policy: Market power, personalized pricing and advertising' (Center on Regulation in Europe, conference, February 2017)

161 *Facebook/WhatsApp* (COMP/M.7217) Commission decision of 3 October 2014 C(2014) 7239 final, para 189

162 Inge Graef, 'When Data Evolves into Market Power — Data Concentration and Data Abuse under Competition Law' in Martin Moore, Damian Tambini (eds), *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple* (OUP 2018) 75

учла, что данные, которые необходимы социальной сети для предоставления услуг (таргетированная реклама), могут значительно отличаться от данных, необходимых поисковой системе или платформе электронной коммерции для предоставления тех же услуг. Социальные сети предоставляют таргетированную рекламу на основе собранных данных об интересах пользователя, в то время как поисковые системы предоставляют ту же услугу на основе данных, собранных через запросы пользователя. "Поэтому [для Комиссии] недостаточно констатировать, что на рынке существуют данные для конкурентов, необходимо оценить, какие данные остаются доступными и полезны ли они для предоставления услуг", - написал Федоровичи.¹⁶³

Учитывая недостатки проведенного Комиссией анализа в отношении определения рынка данных "бесплатной" пользовательской стороны многосторонней онлайн-платформы, трудно понять, как она может определить, приведет ли слияние на основе данных к усилению доминирующего положения. Это касается первого условия.

Что касается второго условия, т.е. способности приобретающей фирмы выполнить свое данное перед слиянием обещание не заниматься чрезмерным сбором персональных данных, как это было запрещено в деле немецкого Facebook, практика показывает, что это маловероятно.

При слиянии Facebook и WhatsApp Комиссия задалась вопросом, позволит ли приобретение WhatsApp компанией Facebook использовать данные пользователей WhatsApp для более точного таргетирования рекламы Facebook. Сомневаясь в том, что у Facebook будут как возможность, так и стимул заниматься подобным поведением после сделки¹⁶⁴, Комиссия в итоге разрешила сделку. Поведение Facebook после слияния показало, что первоначальные опасения Комиссии были не совсем беспочвенны. В августе 2016 года WhatsApp обновил свою политику конфиденциальности, разрешив связывать телефонные номера пользователей WhatsApp с личными данными

163 Fedorovici (n 160) 37

164 Economides and Lianos (n 35) 30

пользователей Facebook. Заявление, сделанное Facebook во время оценки слияния, оказалось ложным.

Действительно, во время оценки слияния компания Facebook заверила Комиссию, как в форме уведомления, так и в форме ответа на запрос информации, что она не сможет установить надежное автоматическое сопоставление между учетными записями пользователей Facebook и пользователей WhatsApp.¹⁶⁵ В результате того, что Facebook предоставил недостоверную информацию о слиянии WhatsApp, Комиссия наложила на Facebook штраф в размере 110 млн евро. Она также установила, что, вопреки заявлению Facebook в процессе рассмотрения вопроса о слиянии в 2014 году, техническая обработка автоматического сопоставления личных данных пользователей Facebook и WhatsApp уже существовала в 2014 году, и сотрудники Facebook знали или, по крайней мере, должны были знать об этом.

Этот пример показывает, что если бы Комиссия использовала конфиденциальность и защиту данных в качестве ориентира для решения вопроса о том, является ли одностороннее поведение доминирующей фирмы (одностороннее поведение или слияние) приемлемым или неправомерным с точки зрения его влияния на конфиденциальность¹⁶⁶, как это сделала ВКА в деле Facebook, исход слияния Facebook мог бы быть совершенно иным.

Это подводит нас к третьему условию, а именно возможности антимонопольных органов использовать законодательство ЕС о защите данных в качестве нормативных критериев для определения того, может ли слияние на основе данных привести к эксплуатационному злоупотреблению в отношении пользователей. Практика показывает, что Комиссия идет на это весьма неохотно. Например, в деле Microsoft/Yahoo! Search Business она решила не рассматривать проблемы, связанные с конфиденциальностью, возникающие в связи с возросшей концентрацией данных в результате сделки, на том основании, что "такое объединение данных может быть осуществлено

165 Economides and Lianos (n 35) 30

166 Kerber and Zolna (n 29) 5

объединенной компанией только в той степени, в какой это допускается применимыми правилами защиты данных".¹⁶⁷

Комиссия повторила аналогичную позицию в отношении других ключевых слияний, ориентированных на данные, в том числе в деле *Google/Fitbit*. В данном деле она признала, что конфиденциальность может считаться важным параметром конкуренции, в отношении которого было бы полезно иметь определенную степень потребительского выбора. Тем не менее, она уклонилась от оценки того, может ли быть нанесен какой-либо ущерб потребителю из-за большей концентрации его персональных данных в результате слияния. Вместо этого она повторила свою старую мантру, согласно которой "любые проблемы, связанные с конфиденциальностью, возникающие в результате увеличения концентрации данных в результате сделки, не входят в сферу контроля слияний, и для их решения существуют регулятивные инструменты, более подходящие для этого"¹⁶⁸, такие как *GDPR*¹⁶⁹, который "обеспечивает высокий стандарт конфиденциальности и защиты данных".¹⁷⁰

Вина за отсутствие четкой теории антимонопольного ущерба, связанного с конфиденциальностью, лежит на ортодоксальном предположении, что конфиденциальность не является антимонопольной проблемой, а должна рассматриваться в рамках законодательства о защите прав потребителей или законодательства о защите частной жизни.¹⁷¹

167 *Verizon/Yahoo* Para 90

168 *Vande Walle* (n 101) 8

169 См. Regulation (EU) 2016/679 of the EU Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 119/2016.

170 *Google/Fitbit* (M.9660) Commission decision of 17 December 2020 C (2020) 9105 final OJ C 194/7, para 300.

171 *Ibid.*

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Поскольку Комиссия и Суд Европейского Союза последовательно отказывались включать вопросы защиты данных и конфиденциальность в качестве отдельного аспекта в анализ слияний на том основании, что эти вопросы не относятся к сфере антимонопольного регулирования¹⁷², мы задаемся вопросом, можно ли добиться такой интеграции путем внесения поправок в Регламент ЕС о цифровых рынках (Далее – Digital Market Acts, "DMA") или реформирования соответствующего антимонопольного законодательства и руководящих принципов ЕС.

DMA вводит *ex ante* (предварительное) регулирование (включая набор *per se* обязательств) поставщиков «базовых платформ» («core platform services»), которые квалифицируются как «контролеры доступа к необходимым услугам» (далее – «контролёр»), практически необходимые в цифровом обществе. К данным платформам DMA относит «поисковые системы, посреднические услуги, сервисы социальных сетей, платформы обмена видео, услуги межличностной коммуникации, не зависящие от номера, операционные системы, сервисы облачных вычислений и рекламные посреднические услуги, функционирующие онлайн».¹⁷³

Базовые платформы квалифицируются как «контролёры», при единовременном соответствии трём критериям. Во-первых, они должны служить «посредником для взаимодействия между представителями бизнеса и конечными пользователями».¹⁷⁴ Предполагается, что такое требование выполнено, если у базовой платформы в месяц более 45 миллионов активных

172 Beatriz Kira, Vikram Sinka and Sharmadha Srinivasac, 'Industrial and Corporate Change' [2021] 30 Industrial and Corporate Change 1337-1360: 1352

173 Digital Markets Act, art 2.(2)

174 Ibid. art 3 1. (b)

конечных пользователей, зарегистрированных или же находящихся на территории ЕС, а также, если за последний финансовый год более 10 000 представителей бизнеса присоединился к платформе¹⁷⁵.

Во-вторых, они должны оказывать «значительное влияние на внутренний рынок».¹⁷⁶ Предполагается, что это имеет место, если годовой оборот компании в Европейской экономической зоне (ЕЭЗ) равен или превышает 7,5 млрд евро за последние три финансовых года, или если ее средняя рыночная капитализация или эквивалентная справедливая рыночная стоимость составила не менее 75 млрд евро в прошлом финансовом году, и предоставляет услуги базовой платформы по крайней мере в трех государствах-членах ЕС.¹⁷⁷

В-третьих, базовая платформа должна занимать (или, по прогнозам, будет занимать) «прочное положение в своей деятельности, или можно прогнозировать, что она займет такое положение в ближайшем будущем».¹⁷⁸ Такое условие считается выполненным, если компания соответствовала двум другим критериям в каждом из последних трех финансовых лет.¹⁷⁹

В случае, если поставщик базовой платформы выполняет три вышеуказанных условия, он автоматически квалифицируется как "контроллер", а значит, будет нести дополнительную ответственность в случае недобросовестного поведения.¹⁸⁰

Одно из обязательств, которое должен соблюдать «контролёр», непосредственно касается злоупотребления правом в деле ВкА и Facebook:

175 Ibid. art 3 2. (b)

176 Ibid. art 3 1. (a)

177 Ibid. art 3 2. (a)

178 Ibid. art 3 1. (c)

179 Ibid. art 3 2. (c)

180 European Commission, 'The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets', Questions & answers, 31 October 2022, 2 <file:///C:/Users/installuser/Downloads/Questions_and_Answers__Digital_Markets_Act__Ensuring_fair_and_open_digital_markets_.pdf > 2 April 2023

«в отношении каждой конкретной услуги, предоставляемой на наиболее крупных платформах...», «контролёр» должен: (а) воздерживаться от объединения персональных данных, полученных на данных платформах, с персональными данными из любой другой, предлагаемой «контролёрами» сети, или с персональными данными со сторонних сервисов, а также от регистрации пользователей в других сервисах «контролёра» для объединения персональных данных, за исключением случаев, когда конечному пользователю был предоставлен выбор и предоставлено согласие в соответствии с Регламентом (ЕС) 2016/679»¹⁸¹ (статья 5 2(b) DMA).

В значительной степени это обязательство отражает средства возмещения ущерба в деле Facebook о защите права выбора пользователя, столкнувшегося с объединением персональных данных из разных источников. Учитывая 407 миллионов пользователей Facebook в месяц в ЕС¹⁸² и годовой оборот сервиса в ЕЭЗ в размере 116 миллиардов долларов в 2022 году¹⁸³, нет никаких сомнений в том, сможет ли такой цифровой гигант соответствовать требованиям, предъявляемым к «контролёрам», и будет ли на данную сеть распространяться требования, установленные в статье 5(2) b. Следовательно, осуществлять объединение персональных данных из сервисов основных платформ с данными из других источников без предварительного согласия пользователей не может быть разрешено. Без получения предварительного согласия, компании пришлось бы выплатить штраф в размере до 10% от общего оборота.¹⁸⁴

Могут ли не разрешить слияние, основанное на данных, которое потенциально могло бы привести к чрезмерному сбору и распространению персональных данных, аналогичное тому, которое было запрещено в случае

181 Art. 5 2 (b) of the Digital Markets Act.

182 Statista, 'Facebook monthly active users in Europe as of 4th quarter 2022' < <https://www.statista.com/statistics/745400/facebook-europe-mau-by-quarter/> > 15 April 2023

183 Statista, "Annual revenue generated by Meta Platforms from 2009 to 2022" < <https://www.statista.com/statistics/268604/annual-revenue-of-facebook/> > 15 April 2023

184 Ibid. art 30

Facebook с ВкА, на основании статьи 5 2(b) DMA? В Регламенте ЕС о цифровом рынке практически не говорится о контроле за слияниями. В Регламенте вводится требование об отчетности, согласно которому «контролёры» обязаны информировать Комиссию о любой предполагаемой «концентрации» по смыслу Регламента ЕС о контроле за слияниями (EUMR)¹⁸⁵, если приобретенная организация предоставляет услуги базовой платформы или любые другие услуги в цифровых секторах или позволяет собирать данные.¹⁸⁶ Поскольку DMA не устанавливает режим слияния, отсутствует уверенность в том, что в него можно внести поправки, по крайней мере при установленных на данный момент целях для того, чтобы внести в него положения, направленные на предотвращение неправомерных объединений данных в рамках проведения слияний, аналогичных тому, которое выделено в деле ВкА и Facebook.

Учитывая предварительный регулирующий характер DMA, такая поправка, вероятно, облегчила бы перенос аргументации ВкА, проведенной в контексте оценки ex-post, на контроль за слияниями. В таких условиях мы можем только присоединиться к призыву коалиции крупных государств-членов ЕС о более строгой позиции в отношении слияний в соответствии с Регламентом ЕС о цифровых рынках.¹⁸⁷

Подчеркивая «отсутствие амбиций» у DMA, когда речь заходит о слияниях, Бруно Ле Мэр, министр финансов Франции, Петер Альтмайер, бывший министр экономики Германии, и Мона Кейзер, министр экономики Нидерландов, призвали в совместном публичном письме внести изменения в данный Регламент ЕС¹⁸⁸ и включить в него «проверку по существу», которая

185 Council Regulation (EO No139/2004 of 20 January on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) [2004] OJL 24/01, Article 3.

186 DMA, Article 14 (1) Это обязательство применяется независимо от того, подлежит ли уведомлению о концентрации антимонопольный орган Союза в соответствии с Регламентом ЕС о слияниях или компетентный национальный орган в соответствии с национальными правилами о слияниях.

187 Javier Espinoza, 'EU is too soft on Big Tech, say France, Germany and the Netherlands' *Financial Times* (London, 27 May 2021)

188 Ibid.

«эффективно рассматривает случаи потенциально хищнических приобретений»¹⁸⁹ и устанавливает «чёткие и юридически определенные пороговые значения для приобретений «посредниками» объектов с относительно низким оборотом, но высокой стоимостью».¹⁹⁰ К сожалению, на данный момент, этот призыв остаётся без ответа.

Вместо того, чтобы настаивать на реформе DMA, мы предлагаем идею о необходимости рассмотрения органами власти возможности внесения поправок в соответствующее законодательство и руководящие принципы ЕС о конкуренции, чтобы принимать во внимание конфиденциальность и защиту персональных данных при применении норм конкурентного права.¹⁹¹ Признавая факт, что защита информации и конкурентное право происходят из разных социальных проблем и обладают своеобразными правовыми принципами и методологией, мы считаем, что есть достаточно широкие возможности интегрировать соображения о защите персональных данных в практике антимонопольных органов.¹⁹²

Мы признаем, что в определенных случаях одновременное применение норм о конкуренции и защите данных для регулирования определенного поведения или исследования влияния о предполагаемой концентрации может привести к противоречивым результатам. Ведь случаи, признаваемые законными с точки зрения политики в области конкуренции, могут рассматриваться как незаконные, когда применяется сфера защиты данных. И наоборот – ситуации, когда признается соответствие условиям охраны информации, возможно нарушение антимонопольного права.¹⁹³

189 Ibid.

190 Ibid.

191 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1354

192 Ibid., 1338

193 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1343

Ключевая разница между конкурентным правом и защитой персональных данных выражается в том, что первое накладывает специфические обязательства компании, обладающие существенным влиянием на рассматриваемом рынке, в то время как второе обычно применяется равноценно (горизонтально) ко всем компаниям, занимающимся сбором и обработкой информации, независимо от их размеров. Это значит, что пока асимметрия между пользователем и компанией выступает важным аспектом в анализе конкуренции, это не может быть релевантным к обеспечению соблюдения законодательства о защите персональных данных¹⁹⁴.

Более того, обеспечение защиты данных часто признают неудачным при борьбе со вмешательством в личную жизнь потребителя со стороны цифровых конгломератов. Частично это связано с тенденцией по поглощению компаний, что приводит к получению доступа к еще большему объему информации.¹⁹⁵

Эти пробелы в двух режимах подчеркивают необходимость в более целостном подходе к составлению принципов регулирования.¹⁹⁶ Такая позиция может состоять из поиска существенных сходств между конкурентным правом ЕС и правом защиты данных.¹⁹⁷ Оба режима сходятся на уровне своих целей, а именно содействие благополучию потребителей и интеграции рынка, хотя пути достижения различаются.¹⁹⁸

Принцип справедливости – цель, также преследуемая двумя законами, может быть использован как инструмент по обеспечению существенного

194 Francisco Costa-Cabral and Orla Lynskey, 'Family ties: the intersection between data protection and competition EU law', *Common Market Law Review* 54 (1), 11-50

195 Wolfgang Kerber, 'Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection' [2016] 639 *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*

196 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1343

197 Costa-cabral and Lynskey (n 196)

198 Inge Graef, 'Blurring Boundaries of Consumer Welfare- How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets' in M. Bakhom, B. Conde Gallego, M-O. Mackenrodt, & G. Surblytė- Namavičienė (eds), *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law: Towards a holistic approach* (MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 2018); Kalimo and Majcher (n 142) 213

согласования норм о защите данных с конкуренцией и их совместному применению.¹⁹⁹

При принятии антимонопольными органами ЕС более комплексного подхода стоит также учитывать решение Европейского Суда по делу *Allianz Hungaria* (вертикальное соглашение между страховщиками и компанией по ремонту моторных машин в Венгрии). Оно предусматривает тот факт, что применение конкурентного права ЕС всегда должно принимать во внимание контекст практики и несоответствие другим отраслям права.²⁰⁰

Такой вид подхода применялся Федеральным управлением картелей в деле Facebook. Андреас Мундт, глава немецкого антимонопольного органа, явно отметил в период установления предварительных выводов, что взаимосвязь между защитой персональных данных, потребителей и конкуренцией, как в деле Facebook, являются существенным фактором для экономического доминирования компании.²⁰¹ Решение Федерального управления картелями строится на этой логике:

[..] оговоренный контроль политики обработки данных не может означать, что в их задаче по контролю объема обработки данных, антимонопольному органу стоит игнорировать общие принципы защиты данных и вместо этого развивать собственный ориентир или иные инструменты [..] Как следует из дела *VBL-Gegenwert*, злоупотребление доминирующим положением может быть вызвано тем, что компания даже не соответствует общим положениям законодательства». ²⁰²

199 Graef, Clifford and Valcke (n 142) 215.

200 Judgment of 14 March 2013, *Allianz Hungária*, C-32/11, EU: C: 2013:160, paragraphs 46 and 47. See, however, also Judgment of 6 December 2012, *AstraZeneca v. Commission*, C-457/10 P, EU: C: 2012:770, paragraph 132.

201 См. the Bundeskartellamt statement on Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources are abusive, 19 December 2017 < https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html >

202 См. decision under Section 32(1) German Competition Act (GWB) by Bundeskartellamt < https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5 > accessed 14 February 2023.

Решение Федерального управления картелей относительно Facebook создает важнейший прецедент, одновременно рассматривая проблемы конфиденциальности в конкурентном праве и защищая минимальный уровень выбора для пользователей против рыночной власти крупных фирм в сфере цифровых платформ.²⁰³

Принятие более комплексного подхода антимонопольными органами ЕС, возможно, не будет эффективным, если не будет обеспечиваться взаимодействием между институтами антимонопольного права и права по защите персональных данных, учитывая необходимость в дополнительных экспертных знаниях.

Удачным примером такого взаимодействия служит создание Правительством Великобритании специальной целевой группы по цифровым рынкам. Она соединяет между собой представителей Управления по конкуренции и рынкам, Управления связи и Комиссариата для обмена информацией.²⁰⁴

Взаимодействие между различными управлениями нацелено на уменьшение риска неопределенности и противоречивых результатов, что может возникнуть в результате параллельного применения правил конкуренции и защиты данных и дальнейшего усиления их последовательного применения.²⁰⁵ В таком случае Европейская инспекция по защите цифровых данных, добровольная сеть правоохранительных органов, направленная на обеспечение более широкого диалога для эффективного и последовательного соблюдения правил, защищающих людей, кажется многообещающей.²⁰⁶

203 Ibid.

204 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1352

205 Обсуждение таких подводных камней смотрите также Orla Lynskey, 'Considering Data Protection in Merger Control Proceedings' OECD roundtable on non-price effects of mergers, June 2018, para 8.

206 Для получения дополнительной информации о Digital Clearinghouse, см. <https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/big-data-digital-clearinghouse_en> accessed 19 June 2022.

В конце концов, целостный поход, предлагаемый здесь, требует подхода, выходящего за рамки ортодоксального предположения, что неприкосновенность частной жизни не является антимонопольной проблемой, а должна рассматриваться в рамках законодательства о защите прав потребителей или законодательства о защите частной жизни».²⁰⁷

Это подразумевает пересмотр взаимоотношений между двумя режимами и обозначения их как смежных и пересекающихся частей одного и того же регулирующего континуума.²⁰⁸

4. Материалы и методы исследований

Этап 1 (Ноябрь 2022-Январь 2023):

-выбор темы нашего исследования («Защита персональных данных при осуществлении сделок по слиянию на цифровых рынках»), осуществлённый Кристофом Самюэлем Ючинсоном, старшим преподавателем юридического факультета Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, и Дианой Трещакковой, профессором кафедры коммерческого права юридического факультета Университета Павла Шафарика в Кошице, Словакия.

-предварительное исследование, проведённое профессором Трещакковой и старшим преподавателем Кристофом Самюэлем Ючинсоном, состоящее в:

- изучение существующей литературы (книги, научные статьи, отчеты, диссертации и т.д.) касательно стоящего перед антимонопольными органами теоретического и практического вопроса по включению соображений конфиденциальности в анализ конкуренции.

207 Ibid.

208 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1355

- анализ решений Европейской комиссии по ключевым делам о слияниях на основе данных, таким как Google/DoubleClick, Facebook/WhatsApp, Microsoft/LinkedIn, Google/Fitbit и др., чтобы понять, учитывала ли Комиссия соображения конфиденциальности при рассмотрении дел о слияниях на основе данных, и если да, то в какой степени.
- тщательно анализируя решение Bundeskartellamt (BKartA), Федерального управления по борьбе с картелями (FCO) Германии, по делу Facebook Germany, первое решение антимонопольного органа в Европе, в котором вопрос защиты конфиденциальности был прямо рассмотрен при оценке со стороны конкурентного права.
- изучение комментариев, сделанных практиками и учеными в связи с решением антимонопольного органа по делу Facebook Germany о возможности того, что идеи / принципы, вытекающие из решения по делу Facebook, могут служить моделью для включения вопросов конфиденциальности в контроль ЕС за слияниями, основанных на данных, хотя это решение касалось дела о злоупотреблении доминирующим положением и ссылалось исключительно на немецкое законодательство.

Этап 2 (15 февраля -28 февраля 2023):

- поиск студентами команды МВТСК-7 в Интернете и электронных библиотечных системах (ЭБС) источников (научные статьи, книги), связанных с выбранной темой исследования на основе подготовленных профессором Трещакковой и старшим преподавателем Ючинсоном К. С. в результате их предварительного исследования ключевых слов, таких как “Слияния на основе данных, Big Tech, Большие Данные, отслеживание третьими сторонами, многосторонние рынки, конфиденциальность, защита персональных данных, Общий регламент по защите данных (GDPR)”.
- отправка студентами статей и других источников по выбранной теме нашего исследования.

Этап 3 (30 февраля-4 апреля 2023):

- подготовка профессором Трешковой и старшим преподавателем К.С. Ючинсоном списка из шести вопросов, составленных на основе статей и других источников, предоставленных студентами.
- отправка студентами команды МВТСК-7 своих ответов на вышеупомянутый список из шести вопросов.

Этап 4 (5 апреля-19 апреля 2023):

- анализ ответов студентов на вышеупомянутый список вопросов
- составление плана нашего будущего доклада на выбранную тему
- редактирование оригинальной версии нашего отчета на английском языке. Английский язык был выбран, поскольку исследование, проведенное студентами нашей команды, показало, что по заявленной теме в российской юридической литературе написано очень мало, а подавляющее большинство соответствующих источников написано на английском языке.

Этап 5 (20 апреля-3 мая 2023):

- перевод на русский язык каждым членом нашей команды одного из разделов нашего отчета

Объем полученных материалов:

Законодательные источники: 9

Судебная практика: 28

Книги: 14

Статьи из научных журналов: 40

Отчеты международных и национальных организаций: 1

Рабочие/исследовательские/дискуссионные доклады: 11

Материалы конференций: 5

Диссертации: 3

Интернет-сайты: 4

Статьи из средств массовой информации (СМИ): 10

5. Теоретический обзор по исследуемой проблеме, вклад других исследователей

В последние годы крупные технологические компании поглотили сотни более мелких высокоинновационных фирм, занимающихся сбором и обработкой данных.²⁰⁹ Некоторые регулирующие органы, ученые и практики выразили обеспокоенность тем, что Big Tech может использовать возросшую рыночную власть и большую концентрацию персональных данных потребителей, возникающую в результате слияний, основанных на данных, чтобы нанести вред потребителям в виде более низкой защиты конфиденциальности.²¹⁰ Они задаются вопросом, должна ли и в какой степени Комиссия ЕС и/или национальные антимонопольные органы учитывать соображения защиты данных при рассмотрении сделок в соответствии с Регламентом о слияниях и/или национальными правилами контроля за слияниями.

Практика принятия решений Европейской комиссией указывает на три возможных пути интеграции проблем конфиденциальности в анализ конкуренции: конфиденциальность как элемент качества продукта,²¹¹ конфиденциальность как элемент выбора потребителя²¹² и конфиденциальность как «неденежная цена», которую платит потребитель в

209 Gerrit De Vynck and Cat Zakrzewski, 'Tech giants quietly buy dozens of companies a year' *The Washington Post* (Washington, 20 September 2021)

210 Heli Koski, Otto Kassi and Fabian Braesemann, 'Killers on the Road of Emerging start-ups-Implications for Market Entry and Venture Capital Financing' (1 July 2020) ETLA- Working Paper 81 < [http://pub.etla.fi/ETLA-working-Papers 81.pdf](http://pub.etla.fi/ETLA-working-Papers%2081.pdf) > accessed 8 June 2020.

211 Samson Y. Esayas, 'Data Privacy in European Merger Control: Critical Analysis of Commission Decisions Regarding Privacy as a Non-Price Competition' [2019] 40 (4) (2019) *European Competition Law Review*, 166-181

212 *Microsoft/LinkedIn* (M.8124) Commission decision of 6 December 2016 C (2016) 8408 final; *Google/Fitbit* (M.9660) Commission decision of 17 December 2020 C (2020) 9105 final OJ C 194/7

обмен на использование бесплатных онлайн-сервисов цифровых платформ.²¹³ Третий путь основывается на экономической предпосылке, согласно которой раскрытие персональных данных пользователя представляет собой цену, которую потребитель платит за бесплатные онлайн-услуги, такие как социальная сеть или поисковая система. Согласно этой концепции, снижение уровня защиты конфиденциальности должно рассматриваться как повышение цены.²¹⁴

Проблема такого подхода заключается в том, что нелегко измерить ценность защиты личной информации как неценового параметра.²¹⁵ Поскольку реальной цены не существует, применение традиционного теста SSNIP (небольшое, но значительное и длительное увеличение цены) считается невозможным.²¹⁶

Чтобы обойти это препятствие, некоторые ученые, такие как Васастьерна, Робертсон, Коланджело и Маджиоло, предположили, что властям может быть выгодно попытаться количественно оценить снижение конфиденциальности через "небольшое, но значительное и длительное снижение качества" (SSNDQ).²¹⁷

Применяя такой тест, власти предполагают, что потребители легко обнаружат любое незначительное ухудшение качества и, как следствие, будут

213 David S Evans, 'Attention Platforms, the Value of Content and Public Policy' [2019] 54 Review of Industrial Organization, 775: 792; Tamara Dinev and Hart Paul, 'An Extended Privacy Calculus Model for E-Commerce Transactions' [2003] 17 (1) Information System Research, 61 62.

214 Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, 'No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data' The University of Tennessee Legal Studies Research Paper # 269 May 2015, The Antitrust Source (April 2015) < <http://ssrn.com/abstract=2600051> > accessed 15 June 2022

215 Zhengmin Li, 'The Implication of Data Concentration on EU Merger Control on EU Merger Control' (Master Thesis Lund University faculty of law, 2020) 31 < <file:///C:/Users/installuser/Documents/Sam's%20documents/%D0%9D%D0%98%D0%A1%D0%98%D0%9F%D0%9F/Merger%20control%20and%20Big%20Data/Second%20wave%20of%20articles/Li%20Implications%20of%20data%20concentrations%20in%20EU%20merger%20control.pdf> >> accessed July 18 2022

216 Maria T. Patakyova, 'Competition Law in the Digital Era-How to define the relevant market' (the 4th Conference on Economics and Management Proceedings, Belgrade, 3 September 2020) 175 < <https://doi.org/10.31410/EMAN.2020.171> > accessed July 1 2022

217 Maria C. Wasastjerna 'The implications of Big Data and Privacy on Competition Analysis in Merger Control and the Controversial-Data Protection Interface' [2019] 30 (3) European Business Law Review 337-366: 354; ; Victoria H.S.E Robertson, 'Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data' [2020] 57 Common Market Law Review, 161-190: 171; Giuseppe Colangelo and Mariateresa Maggiolo, 'Data accumulation and the privacy-antitrust interface: insights from the Facebook case' International Data Privacy Law [2019] 8(3) International Data Privacy Law, 369-371;;

искать альтернативные услуги и продукты. В реальности ситуация обстоит иначе. Чаще всего пользователи не обращают внимания на то, в какой степени их данные собираются, обрабатываются и передаются.²¹⁸ Они также не имеют доступа к информации о том, как она оценивается.²¹⁹ В таких условиях они вряд ли обнаружат ухудшение своей конфиденциальности.²²⁰

Учитывая теоретические и практические недостатки путей, выбранных Европейской комиссией для включения соображений конфиденциальности в контроль над слияниями (более подробную информацию по этой теме см. в более длинной версии НИР, доступного по запросу), мы предлагаем изучить четвертый путь, основанный на утверждении, что конфиденциальность данных является фундаментальным правом, и что конкурентное право должно также использовать либо закон о защите данных, либо фундаментальную ценность конфиденциальности в качестве нормативных инструментов при решении вопроса о том, остается ли поведение доминирующей фирмы (одностороннее поведение или слияние) приемлемым или является злоупотреблением в отношении его последствий для конфиденциальности.

Доводы в пользу принятия такого подхода были подкреплены решением Bundeskartellamt (BKartA), Федерального управления по борьбе с картелями (FCO) Германии по делу Facebook Germany. Хотя это решение касается дела о злоупотреблении доминирующим положением, напрашивается вопрос о том, могут ли принципы/концепции, установленные в деле Facebook Germany – первом решении антимонопольного органа в Европе, в котором защита конфиденциальности была прямо рассмотрена при оценке антимонопольного законодательства²²¹, – служить моделью для включения соображений частной

218 Marco Botta and Klaus Wiederman, 'The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey' [2019] 64 (3) Antitrust Bulletin, 428:446: 436

219 Nicholas Economides and Ioannis Lianos, 'Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy : a market failure perspective' [2021] Journal of Competition Law & Economics, 1-83: 20

220 Thomas Stuart, 'Too little too late? An exploration and analysis of the inadequacies of antitrust law when regulating GAFAM data-driven mergers and the potential legal remedies available in the Age of Big data' [2021] 17 (2) European Competition Journal, 407-436: 408 <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.1909234>

221 Botta and Wiedeman (n 13) 431

жизни в анализ слияний в ЕС. Для того, чтобы ответить на этот главный вопрос исследования, необходимо рассмотреть ряд вопросов. Первый вопрос заключается в том, может ли статья 102 Договора о функционировании ЕС (TFEU) быть применима к поведению, выявленному в решении по делу Facebook, основанном исключительно на немецком законодательстве, а точнее на разделе 19(1) Закона ФРГ «О борьбе с недобросовестной конкуренцией» (GWB).

Андреас Мундт, президент Федерального ведомства по борьбе с картелями, считает, что решение по делу Facebook может быть легко воспроизведено в рамках конкурентного права ЕС, поскольку немецкое конкурентное право практически идентично конкурентному праву ЕС.²²²

Эту точку зрения разделяет профессор фон Данвиц,²²³ который подчеркивает, что по своей формулировке и структуре статья 19(1) GWB, Закона ФРГ «О борьбе с недобросовестной конкуренцией», и статья 102 TFEU очень похожи, поскольку обе нормы в их немецкой версии требуют демонстрации доминирующего положения ("marktbeherrschende Stellung") и злоупотребления ("missbräuchliche Ausnutzung").²²⁴

Если поведение, подобное тому, которое было запрещено антимонопольным органом в Германии в отношении Facebook, действительно может подпадать под действие статьи 102 Договора о функционировании ЕС

222 Global Competition Law Centre (GCLC) 108th Lunch Talk (17 April 2019), reported by MLex, "Facebook's antitrust order in Germany 'easily' replicated in EU law, Mundt says" (17 April 2019). Президент Мундт сослался по этому поводу также на заявление профессора фон Данвица на 19-й Международной конференции по конкуренции (ИКК) в Берлине 15 марта 2019 года; см. примечание ниже.

223 См. Thomas von Danwitz, 'Privacy and competition law' (Statement for the 19th IKK International Conference on Competition, Berlin, 15 March 2019), reported by MLex, "Privacy-abusing tech companies could attract EU antitrust enforcement, judge warns" (15 March 2019). See also Global Competition Law Centre (GCLC) 108th Lunch Talk (17 April 2019), reported by MLex, "Facebook's antitrust order in Germany 'easily' replicated in EU law, Mundt says" (17 April 2019). Президент Мундт сослался по этому поводу также на заявление профессора фон Данвица на 19-й Международной конференции по конкуренции (ИКК) в Берлине 15 марта 2019 года; см. примечание ниже.

224 См. Thomas von Danwitz, 'Privacy and competition law' (Statement for the 19th IKK International Conference on Competition, Berlin, 15 March 2019), reported by MLex, "Privacy-abusing tech companies could attract EU antitrust enforcement, judge warns" (15 March 2019); Wouter P.J Wils, 'The obligation for the competition authorities of the EU Member States to apply EU antitrust Law and the Facebook decision of the Bundeskartellamt' [2019] 3 Concurrances 58-66: 63.

(TFEU)²²⁵, мы задаемся вопросом, может ли закон о защите данных или фундаментальная ценность частной жизни служить правовым ориентиром для оценки того, может ли слияние на основе данных привести к снижению уровня конфиденциальности пользователей.

Второй вопрос заключается в том, могут ли антимонопольные органы использовать закон о защите данных или фундаментальную ценность конфиденциальность в качестве нормативных инструментов при рассмотрении слияний на основе данных. На эту тему написано очень мало.²²⁶ Член FTC Памела Дж. Харбу в особом мнении по делу о слиянии Google/DoubleClick указала, что последствия слияния, основанного на данных, следует рассматривать "как с точки зрения конкуренции, так и с точки зрения защиты прав потребителей,"²²⁷ и, соответственно, призвала антимонопольные органы блокировать слияния и поглощения, которые потенциально могут поставить под угрозу права частных лиц на защиту данных²²⁸.

6. Результаты исследований и их обсуждение

Исследование, проведенное нами по выбранной теме, подчеркивает тот факт, что Комиссия и Суд Европейского Союза последовательно отказывались включать вопросы защиты данных и конфиденциальности в качестве отдельного аспекта в анализ слияний на том основании, что эти вопросы не относятся к сфере антимонопольного регулирования²²⁹, а должна рассматриваться в рамках законодательства о защите прав потребителей или законодательства о защите частной жизни».²³⁰

225 Wouter P.J Wils, 'The obligation for the competition authorities of the EU Member States to apply EU antitrust Law and the Facebook decision of the Bundeskartellamt' [2019] 3 Concurrences 58-66: 64

226 Wouter P.J Wils, 'The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the *Facebook* Decision of the Bundeskartellamt' [2019] 3 Concurrence,

227 Pamela J.Harbour, "Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in the Matter of Google/DoubleClick F.T.C No 071-0170'1.

228 Pamela Harbour and Tara Koslov, 'Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets', [2010] Antitrust Law Journal, 76

229 Beatriz Kira, Vikram Sinka and Sharmadha Srinivasac, 'Industrial and Corporate Change' [2021] 30 Industrial and Corporate Change 1337-1360: 1352

230 Ibid.

Мы считаем, что такая позиция европейских антимонопольных органов потенциально вредна для потребителей, поскольку она не учитывает, что, получив доступ к более крупной базе данных потребителей, компания-покупатель, занимающая доминирующее положение, может использовать свою возросшую *рыночную власть*²³¹ посредством снижения защиты конфиденциальности, собирая слишком много персональных данных пользователей.²³² Поэтому, на наш взгляд, необходим целостный подход, позволяющий антимонопольным органам в значительной степени учитывать соображения защиты данных при рассмотрении слияний и поглощений, основанных на данных.²³³

Мы задаемся вопросом, возможно ли достичь такого комплексного подхода путем внесения поправок в Регламент ЕС о цифровых рынках ("Digital Market Acts") или реформирования соответствующего антимонопольного законодательства и руководящих принципов ЕС.

Существенный учет соображений конфиденциальности при рассмотрении слияний в ЕС маловероятен, поскольку в Регламенте о цифровом рынке очень мало говорится о контроле за слияниями. Он лишь вводит требование о предоставлении отчетности, согласно которому лица, осуществляющие контроль, должны информировать Комиссию о любой предполагаемой концентрации в смысле Регламента ЕС о контроле слияний

231 Рыночная власть — это способность фирмы или группы фирм принимать решения независимо от своих конкурентов, заказчиков и конечных потребителей, как указано в Руководящих принципах Европейской комиссии. См. European Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, O.J 2009, C45/7. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>> accessed 17 February 2023. ОЭСР считает, что рыночная власть в цифровой сфере может позволить доминирующим компаниям поставлять товары или услуги низкого качества, навязывать большие объемы рекламы или даже собирать, анализировать или продавать избыточные данные от потребителей". См. OECD (n 20) para 48.

232 В литературе предполагается, что снижение уровня защиты конфиденциальности может представлять собой злоупотребление поведением, см. Ariel Ezrachi and Viktoria HSE Robertson, 'Competition, Market Power and Third-Party Tracking' World Competition : Law and Economics Review, Vol.42, No1 March 2019, Oxford Legal Studies Research Paper No11/2019 p.8-9 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3272552> accessed 13 February 2023 ; Katharina Kemp, 'Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters' [2020] 16 European Competition Journal, 628

233 Ibid., 1337

(EUMR),²³⁴ если приобретаемая компания предоставляет услуги основной платформе или любые другие услуги в цифровом секторе, или позволяет собирать данные.²³⁵ Поскольку DMA не устанавливает режим слияний, возникают сомнения в возможности внесения в него поправок, по крайней мере, при нынешнем состоянии его целей и сферы применения, с целью введения положения, направленного на предотвращение того, что, получив доступ к более крупной базе данных потребителей, компания-покупатель, занимающая доминирующее положение, может использовать свою возросшую рыночную власть²³⁶ путем снижения защиты конфиденциальности, собирая слишком много персональных данных пользователей.²³⁷

7. Выводы, где приводятся краткие формулировки результатов работы.

Вместо того чтобы настаивать на реформе Закона ЕС о регулировании цифровых рынков ("Закон о цифровых рынках"), мы предлагаем антимонопольным органам серьезно рассмотреть вопрос о внесении изменений в соответствующее антимонопольное законодательство и руководящие принципы ЕС, чтобы в полной мере учитывать вопросы конфиденциальности и защиты персональных данных при применении

234 Council Regulation (EO No139/2004 of 20 January on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) [2004] OJL 24/01, Article 3.

235 DMA, Article 14 (1). Это обязательство применяется независимо от того, уведомляется ли о концентрации антимонопольный орган Союза в соответствии с Регламентом ЕС о слияниях или компетентный национальный орган в соответствии с национальными правилами слияния.

236 *Market power* is the ability of a firm or a group of firms to make decisions independently of its competitors, customers and final consumers, as set out in the European Commission's Guidelines. See European Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, O.J 2009, C45/7. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>> accessed 17 February 2023. The OECD considers that market power in the digital realm may enable dominant companies 'to supply products or services of reduced quality, to impose large amounts of advertising or even to collect, analyze or sell excessive data from consumers'. See OECD (n 20) para 48.

237 Literature suggests that lowering the level of privacy protection could constitute an exploitative abuse, see Ariel Ezrachi and Viktoria HSE Robertson, 'Competition, Market Power and Third-Party Tracking' World Competition : Law and Economics Review, Vol.42, No1 March 2019, Oxford Legal Studies Research Paper No11/2019 p.8-9 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3272552> accessed 13 February 2023 ; Katharina Kemp, 'Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters' [2020] 16 European Competition Journal, 628

антимонопольного законодательства.²³⁸ Признавая, что защита данных и конкурентное право проистекают из различных социальных проблем и специфических правовых принципов и методологий²³⁹, мы считаем, что у субъектов и институтов конкурентной политики существуют широкие возможности для включения вопросов защиты данных в свою практику принятия решений.²⁴⁰

В некоторых ситуациях одновременное применение правил конкуренции и защиты данных для регулирования определенного поведения или изучения последствий предполагаемой концентрации может привести к расхождению результатов. Случаи, считающиеся законными с точки зрения конкурентной политики, могут быть признаны незаконными при применении системы защиты данных. Аналогичным образом, ситуация, считающаяся законной в соответствии с положениями о защите данных, может нарушать антимонопольное законодательство.²⁴¹

Ключевое различие между этими двумя режимами заключается в том, что антимонопольное законодательство налагает конкретные обязанности на фирмы, обладающие властью на данном рынке, в то время как закон о защите персональных данных применяется независимо от их размера ко всем компаниям, занимающимся сбором и обработкой данных. Это означает, что если асимметрия между пользователем и компанией является важным аспектом при анализе конкуренции, то при применении закона о защите данных она может не иметь значения.²⁴²

Более того, часто говорят, будто правоприменение в области защиты данных не справляется с навязчивой деятельностью цифровых конгломератов, что отчасти объясняется их растущей тенденцией к поглощению компаний,

238 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1354

239 Ibid., 1338

240 Ibid., 1337

241 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1343

242 Francisco Costa-Cabral and Orla Lynskey, 'Family ties: the intersection between data protection and competition EU law', *Common Market Law Review* 54 (1), 11-50

позволяющей им получать доступ к большему количеству данных.²⁴³ Эти пробелы между двумя режимами подчеркивают необходимость более целостного подхода к разработке нормативно-правовой базы.²⁴⁴

8. Заключение, где приводится общий обзор по достижению заданной цели перед началом исследования проблемы и возможные перспективы её решения после приведенного исследования.

Целостный подход, предложенный в данном исследовании, заключается в определении существенных пересечений между антимонопольным законодательством ЕС и законодательством о защите данных. Оба режима сходятся на уровне своих целей: содействие благосостоянию потребителей и рыночной интеграции, хотя средства их достижения различны.²⁴⁵

Понятие справедливости, цель, которую также преследуют оба закона, может быть использовано в качестве инструмента для обеспечения сближения правил защиты данных и конкуренции и их последовательного применения.²⁴⁶

Принятие антимонопольными органами ЕС более комплексного подхода может также опираться на решение Европейского суда по делу *Allianz Hungaria* (вертикальное соглашение между страховщиками и мастерскими по ремонту автомобилей в Венгрии), которое предусматривает, что применение антимонопольного законодательства ЕС всегда должно учитывать правовой

243 Wolfgang Kerber, 'Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection' [2016] 639 *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*

244 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1343

245 Inge Graef, 'Blurring Boundaries of Consumer Welfare- How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets' in M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M-O. Mackenrodt, & G. Surblytė- Namavičienė (eds), *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law: Towards a holistic approach* (MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 2018); Kalimo and Majcher (n 142) 213

246 Graef, Clifford and Valcke (n 142) 215.

контекст ситуации и несоответствие другим отраслям права.²⁴⁷

Именно такого подхода придерживался ВкА в деле Facebook. Андреас Мундт, президент антимонопольного органа Германии, прямо отметил во время предварительного заключения, что "защита данных, защита потребителей и защита конкуренции взаимосвязаны, когда данные, как в случае с Facebook, являются решающим фактором для экономического доминирования компании".²⁴⁸ Решение ВкА по данному делу развивает эту логику:

[..] предусмотренный контроль за политикой обработки данных не может означать, что в своей задаче по контролю за объемом обработки данных антимонопольный орган должен игнорировать принципы общего законодательства о защите данных и вместо этого разрабатывать собственные контрольные показатели или другие инструменты [...] Как показывает судебная практика по делу VBL-Gegenwert, злоупотребление доминирующим положением может быть вызвано тем, что компания даже не соблюдала общие правовые рамки".²⁴⁹

Решение ВкА по делу Facebook создает важнейший прецедент, как для рассмотрения вопросов конфиденциальности в конкурентном праве, так и для защиты минимального уровня возможностей выбора в противовес рыночной власти крупных компаний, предоставляющих цифровые платформы.²⁵⁰

Принятие более комплексного подхода антимонопольными органами ЕС не будет эффективным, если оно не будет опираться на институциональную координацию между органами, обеспечивающими

247 Judgment of 14 March 2013, *Allianz Hungária*, C-32/11, EU: C: 2013:160, paragraphs 46 and 47. See, however, also Judgment of 6 December 2012, *AstraZeneca v. Commission*, C-457/10 P, EU: C: 2012:770, paragraph 132.

248 См. the Bundeskartellamt statement on Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources are abusive, 19 December 2017 < https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html >

249 См. decision under Section 32(1) German Competition Act (GWB) by Bundeskartellamt < https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5 > accessed 14 February 2023.

250 Ibid.

соблюдение антимонопольного законодательства, и органами, следящими за соблюдением законодательства о защите данных, учитывая необходимость наличия взаимодополняющего опыта.

Хорошим примером такого сотрудничества является создание Правительством Великобритании специальной целевой группы по цифровым рынкам, в которую вошли представители СМА, Управления по коммуникациям и Управления уполномоченного по информации.²⁵¹

Координация между различными регулирующими органами направлена на снижение риска неопределенности и противоречивости результатов, которые могут возникнуть в результате параллельного, независимого друг от друга применения правил конкуренции и защиты данных, а также на дальнейшее укрепление их согласованного применения.²⁵² В этом направлении перспективной представляется Цифровая клиринговая палата (Digital Clearing House) Европейского совета по защите персональных данных – добровольная сеть правоприменительных органов, целью которой является обеспечение более широкого диалога для эффективного и последовательного применения правил, защищающих частных лиц.²⁵³

В конечном итоге, целостный подход, предложенный в данном исследовании, требует принятия другого, выходящего за рамки традиционного предположения о том, что конфиденциальность не является антимонопольной проблемой, поэтому она должна надлежащим образом рассматриваться законодательством о конфиденциальности.²⁵⁴ Это означает пересмотр отношений между этими двумя режимами и представление их как смежных и пересекающихся участков одной и той же нормативной материи.²⁵⁵

251 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1352

252 Обсуждение таких подводных камней см. также Orla Lynskey, ‘Considering Data Protection in Merger Control Proceedings’ OECD roundtable on non-price effects of mergers, June 2018, para 8.

253 Для получения дополнительной информации, См. <https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/big-data-digital-clearinghouse_en> accessed 19 June 2022.

254 Ibid.

255 Kira, Sinka and Srinivasac (n 172) 1355

9. Список использованной литературы. Оформляется в соответствии с правилами Стандарта Оксфордского университета для цитирования юридических органов (OSCOLA)

Книги

1. Bergemann, B. ‘The Consent Paradox: Accounting for the Prominent Role of Consent in Data Protection’ in Hansen, M., Kosta, E., Nai-Fovino, I., Fischer-Hubner, S. (eds) *Privacy and Identity Management. The Smart Revolution* (Springer : Hamburg 2018)
2. Couter Robert D and Thomas Ulen, ‘Law and Economics’ (Pearson New International Edition 2016).
3. Chirita Anca D, ‘Data-Driven Mergers under EU Competition Law’ in J Linarelli & O Akseli (eds) *The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation* (1st ed, Oxford, Hart Publishing, 2019) 147-183
4. Deutscher Elias, ‘How to measure privacy-related consumer harm in merger analysis? A critical reassessment of the European Commission’s merger control in data-driven markets’ in Bjorn Lundqvist & Michal S. Gal (eds) *Competition Law for the Digital Economy* (Edward Elgar: Cheltenham: UK, 2019) 147-183
5. Ezrachi Ariel and Maurice E. Stucke, ‘Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy’ (Harvard University Press 2016).
6. Graef Inge, ‘When Data Evolves into Market Power — Data Concentration and Data Abuse under Competition Law’ in Martin Moore, Damian Tambini (eds), *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple* 77 (OUP 2018)

7. Harbour Pamela Jones, 'The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law' in Hielke Hijmans & Herke Kranenbourg (eds), *Data Protection Anno 2014: How to Restore Trust?* (Oxford: OUP 2014)
8. Hui Kai-Lung and IPL Png, 'The Economics of Privacy' in T Hendershott (ed), *Handbook on Economics and Information Systems* (Elsevier B.V: Amsterdam 2006)
9. Lyskey Orla, 'The Foundations of EU Data Protection Law' (Oxford University Press: UK 2016)
10. Sokol Daniel and Roisin Comerford, 'Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?' in (eds) Roger Blair and Daniel Sokol (eds) *Cambridge Handbook to Antitrust, Intellectual Property and High Tech* (Cambridge University Press: UK 2016)
11. Solove D. 'The meaning and value of privacy' in Roessler, B., Mokrosinska, D. (eds), *Social Dimensions of Privacy : Interdisciplinary Perspectives* (Cambridge University Press, 2015)
12. Stucke Maurice E. and Allen P. Grunes, 'Big Data and competition policy', Oxford University Press, 2016.
13. Westin Alan F., *Privacy and Freedom* (Atheneum: New York, 1970)
Werden G. 'Consumer Welfare and Competition Policy' in Drexl, J., Kerber, W., Podszum (eds) *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations* (Edward Elgar: Cheltenham: UK, 2011)

14. Zuboff Shoshana, 'The Age of Surveillance Capitalism: the Fight for a Human Future at the New Frontier of Power' (PublicAffairs: New York 2019)

Научные статьи

15. Acquisti Alessandro, Curtis Taylor & Liad Wagman 'The economies of privacy' [2016] 54 (2) Journal of Economic Literature, 442-492
16. Averitt Neil W. and Robert H. Lande, 'Using the 'Consumer Choice' approach to antitrust law' [2007] 74 Antitrust Law Journal, 175-264.
17. Botta Marco and Klaus Wiederman, 'The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey' [2019] 64 (3) Antitrust Bulletin, 428:446
18. Binns Reuben and Elettra Bietti, 'Dissolving Privacy, One Merger at a Time: Competition, Data, and Third Party Tracking' [2020] 36 Computer Law & Security Review.
19. Condorelli Daniele and Jorge Padilla, 'Harnessing Platform Envelopment in the Digital World' [2020] 16 (2) Journal of Competition Law and Economics, 143-147
20. Colangelo Giuseppe and Mariateresa Maggiolo, 'Data accumulation and the privacy-antitrust interface: insights from the Facebook case' International Data Privacy Law [2019] 8(3) International Data Privacy Law, 369-371
21. Cooper James C., 'Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment and Subjectivity' [2013] 20 George Mason Law Review.

22. Costa-Cabral Fransisco and Orla Lynskey, 'Family ties: The intersection between data protection and competition in EU law' [2017] 54 Common Market Law Review
23. Douglas, Erika M. 'Digital crossroads: the intersection of competition law and data privacy, report to the global privacy assembly digital citizen and consumer working group, July 2021 <
[https://iapp.org/media/pdf/resource_center/Digital_Crossroads_The_Intersec
tion_Competition_Law_Data_Privacy.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/Digital_Crossroads_The_Intersec
tion_Competition_Law_Data_Privacy.pdf)> 14 July 2022
24. Economides Nicholas and Ioannis Lianos, 'Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective' [2021] Journal of Competition Law & Economics, 1-83
25. Edlin Aaron S and Robert G. Harris, 'the Role of Switching Costs in Antitrust Analysis: A Comparison of Microsoft and Google' [2013] 15 Yale Journal of Law and Technology 169-213.
26. Esayas Samson Y., 'Data Privacy in European Merger Control: Critical Analysis of Commission Decisions Regarding Privacy as a Non-Price Competition' [2019] 40 (4) (2019) European Competition Law Review, 166-181.
27. Ezrachi Ariel and Victoria H.S.E Robertson, 'Competition, market power and third-party tracking' [2019] 42 World Competition, 5-19: 13
28. Gal Michal S and Daniel L Rubinfeld, 'The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement' [2016] 80 Antitrust Law Journal, 521-562

29. Harbour Pamela and Tara Koslov, 'Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets', [2010] *Antitrust Law Journal*,
30. Haucap Justus 'Data protection and antitrust: new types of abuses cases? An Economist's view in light of the German Facebook decision, *CPI Antitrust Chronicle* February 2019 < file:///C:/Users/installuser/Downloads/CPI-Haucap%20(1).pdf > accessed 22 July 2022
31. Holles de Peyer Ben, 'EU Merger control and Big Data' [2018] 13 (4) *Journal of Competition Law & Economics*, 767-790: 768
32. Hutchinson Christophe Samuel, 'Potential abuses of dominance by Big Tech through their use of Big Tech and AI' [2022] *Journal of Antitrust Enforcement*" < <https://academic.oup.com/antitrust/advance-article-abstract/doi/10.1093/jaenfo/jnac004/6540045?redirectedFrom=fulltext> > accessed 22 June 2022
33. Jenny Frederic, 'Competition law enforcement and regulation for digital ecosystems: understanding the issues, facing the challenges and moving forward' [2021] 3 *Concurrences*.
34. Kerber Wolfgang and Karsten K. Zolna, 'The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law' [2022] *European Journal of Law and Economics*.
35. Këllezi Pranvera, 'Data protection and competition law: non-compliance as abuse of dominant position' [2019] *sui-generis*, 343-359;

36. Körber Törtsen ‘Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes-
Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts? Neue Zeitschrift
Für Kartellrecht, 4 [2019], 187-195.
37. Lande Robert H., ‘The Microsoft-Yahoo merger: Yes, privacy is an antitrust
concern’ (2008) University of Baltimore School of Law Legal Studies
Research Paper No2008-06, 1 <
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121934 >
38. Modrall Jay, ‘Big Data and Merger Control in the EU’ [2018] 9 (9) Journal
of European Competition Law & Practice, pp 569-578: 573
<<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy062> > accessed July 14 2022
39. Ohlhausen Maureen K and Alexander P Okuliar, ‘Competition, Consumer
Protection, and the Right (Approach) to Privacy’ [2015] 80 Antitrust Law
Journal.
40. Podszum Rupperecht, ‘Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und
Datenschutz in der ‘Facebook’-Entscheidung des BGH, [2020] GRUP, 1268-
1276,
41. Robertson Victoria H.S.E, ‘Excessive Data Collection: Privacy
Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data’ [2020] 57
Common Market Law Review, 161-190.
42. Rochet Jean-Charles and Jean Tirole, ‘Platform Competition in Two-Sided
Markets’ [2003] 1 Journal of the European Economic Association 990;

43. Schneider Giulia ‘Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt’s investigation against Facebook, [2018] 9 (4) *Journal of European Competition Law & Practice*, 213-225.
44. Solove Daniel J. ‘A Taxonomy of Privacy’ [2005] 154 *University of Pennsylvania Law Review*. 447, 486-487.
45. Sun Yongqiang, Dina Liu, Sijin Chen, Xingrong Wu, Xiao-Liang Shen, Xi Zhang, ‘Understanding Users’ Switching Behavior of Mobile Instant Messaging Applications: An Empirical Study from the Perspective of Push-Pull-Mooring Framework’ [2017] 75, *Computers in Human Behaviour*.
46. Stojanovic, M. ‘Can competition law protect consumers in cases of a dominant company breach of data protection rules?’ [2020] 16(2-3) *European Competition Journal*, 531-569
47. Stuart Thomas, ‘Too little too late? An exploration and analysis of the inadequacies of antitrust law when regulating GAFAM data-driven mergers and the potential legal remedies available in the age of Big Data’ [2021] 17:2 *European Competition Journal* < <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.1909234> >
48. Stucke Maurice E. and Ezrachi Ariel, “When competition fails to optimize quality: A look at search engines”, 18 *Yale Journal of Law & Technology* (2017), 70, 86
49. Stucke Maurice E. ‘Should we be concerned about data-polies?’ [2018] 2 *Georgetown Law Technology Review*, 275.

50. Vande Walle Simon, 'The European Commission's Approval of *Google/Fitbit*' [2021] 3 Competition law review
51. Volmar M.N and K.O Heldmdach, 'Protecting Consumers and their Data through Competition Law? Rethinking Abuse of Dominance in Light of the Federal Cartel Office's Facebook Investigation'[2018] 14 (2-3) European Competition Journal, 195-215
52. Wasastjerna Maria C. 'The implications of Big Data and Privacy on Competition Analysis in Merger Control and the Controversial-Data Protection Interface' [2019] 30 (3) European Business Law Review 337-366.
53. Wiedmann, Klaus 'Zum Zusammenspiel von Datenschutzrecht under Kartellrecht in der Digitalökonomie, CR, 2021(6), 425-432
54. Wils Wouter P. J. 'The obligation for the competition authorities of the EU Member States to apply EU antitrust Law and the Facebook decision of the Bundeskartellamt' [2019] 3 Concurrences 58-66.
55. Wright Joshua D. and Elyse Dorsey [2016] 'Antitrust Analysis of Big Data', Competition Law & Policy Debate

Доклады международных организаций

56. Lynskey Orla, 'Non-price Effects of Mergers –Note (OECD DAF /COMP/WD (2018)70), 25 September 2020 <
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)70/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)70/en/pdf) >

Депонированные рукописи

57. Budzinsky Oliver, Marina Grusevaja and Victoria Noskova 'The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection' [May 2020] Vol.26 Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 139, Institute of Economics of the Ilmenau University of Technology, < <https://www.tu-ilmenau.de/wpo/forschung/> > accessed 13 July 2022.
58. Deutscher Elias, 'How to measure privacy-related consumer harm in merger analysis? A critical reassessment of the EU's merger control in data-driven markets, European University Institute Working Papers 2018/13 < https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/58064/WP_2018_13.pdf?sequence=1> accessed 20 June 2022
59. Evans David S, 'Multi-Sided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms', University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No753 (2016) < <file:///C:/Users/installuser/Downloads/SSRN-id2746095.pdf>> accessed 2 June 2022
60. Evans, David S 'The Antitrust Economics of Free' Competition Policy International' (2011) University of Chicago Law School, John M.Olin Program in Law and Economics Coase-Sandor Working Paper No555 < https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=law_and_economics > accessed 15 July 2022
61. Hoffmann Jörg and Germán Johannsen, 'EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies', Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-05, Springer 31 May 2019, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364792 > accessed 21 June 2022

62. Koski Heli, Otto Kassi and Fabian Braesemann, ‘Killers on the Road of Emerging start-ups-Implications for Market Entry and Venture Capital Financing’ (1 July 2020) ETLA- Working Paper < [http://pub.etla.fi/ETLA-working-Papers 81.pdf](http://pub.etla.fi/ETLA-working-Papers%2081.pdf) > accessed 8 June 2020.
63. Lande Robert H, ‘The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy Is an Antitrust Concern’ (2008) University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No 2008-06 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121934 >
64. Montes Rodrigo, Wilfried Sand-Zantman and Tommaso M. Valletti, ‘The Value of personal information in markets with endogenous privacy’, *TSE Working Paper* 15-583, Toulouse School of Economics (TSE) < <https://ideas.repec.org/p/tse/wpaper/29367.html>> accessed June 5 2022
65. Markus Eurich and Michael Burtscher, ‘The Business-to-Consumer Lock-in Effect’, Working paper, August 2014, University of Cambridge < <https://cambridgeservicealliance.eng.cam.ac.uk/system/files/documents/2014AugustPaperBusinesstoConsumerLockinEffect.pdf>>
66. Martens Bertin, ‘Data Access, Consumer Interest and Social Welfare: an economic perspective’ Research Paper for the Tilburg Law and Economics Center (TILEC), 18 May, 2020 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3605383 > accessed 13 June 2022
67. Stucke Maurice E. and Allen P. Grunes, ‘No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data’ The University of Tennessee Legal Studies Research Paper # 269 May 2015, The Antitrust Source (April 2015) < <http://ssrn.com/abstract=2600051> > accessed 15 June 2022

68. Witt Anne C., ‘The Excessive Data Collection as Anticompetitive Conduct: the German Facebook Case’ [2021] Jean Monnet Working Paper 8/19, New York University School of Law, < <https://ssrn.com/abstract=3671445> > accessed 2 June 2022.

Материалы конференций

69. II-Horn Hann et al. ‘Online Information Privacy: Measuring the Cost-Benefit Trade-Off’ (International Conference of Information Systems Proceedings 2-3, Barcelona, 15-18 December 2002) < <http://aisel.aisnet.org/icis2002/>> accessed June 11 2022

70. Andreas Mundt, ‘Implications of the German Facebook Decision’, Global Competition Law Centre (GCLC) 108th Lunch Talk (17 April 2019) < <https://www.coleurope.eu/fr/events/108th-gclc-lunch-talk-implications-german-facebook-decision> > accessed July 14 2022

71. Patakyova Maria T., ‘Competition Law in the Digital Era-How to define the relevant market’ (the 4th Conference on Economics and Management Proceedings, Belgrade, 3 September 2020) 175 < <https://doi.org/10.31410/EMAN.2020.171> > accessed July 1 2022

72. Schelter Sebastian and Jerome Kunegis, ‘Tracking the trackers: a large-scale analysis of embedded web-trackers’ (2016) proceedings of the 10th International AAAI Conference on web and social media (ICWSM) < <file:///C:/Users/installuser/Downloads/13024-57897-1-PB.pdf> > accessed 26 June 2022

73. Vestager Margrethe, ‘A new age of international cooperation in competition policy’, Speech at the ICN Annual Conference, Berlin, 5 May 2022 <

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_2822 >
accessed 4 July 2022

74. Von Danwitz Thomas, 'Privacy and competition law' (Statement for the 19th IKK International Conference on Competition, Berlin, 15 March 2019) <
https://www.internationale-kartellkonferenz.de/IKK/EN/Archive/IKK2019/ikk2019_node.html >
accessed 17 July 2022

Диссертации

75. Fedorovici Sonia-Denisah, 'The role of data in mergers-the need to define a relevant market for data'(Master Thesis, University of Oslo faculty of law 2018)

76. Li Zhengmin, 'The Implication of Data Concentration on EU Merger Control on EU Merger Control' (Master Thesis Lund University faculty of law, 2020) 31 <
<file:///C:/Users/installuser/Documents/Sam's%20documents/%D0%9D%D0%98%D0%A1%D0%98%D0%9F%D0%9F/Merger%20control%20and%20Big%20Data/Second%20wave%20of%20articles/Li%20Implications%20of%20data%20concentrations%20in%20EU%20merger%20control.pdf> >>
accessed July 18 2022

77. Zeltina Jolanta, 'Data competition concerns in the context of EU mergers and sufficiency of the approach applied by the European Commission in substantive merger assessment in the digital economy' (Master Thesis, Tilburg Institute of Law, Technology and Society, Tilburg University 2021)

10. Приложение А

Письмо от Дианы Трешаковой, Профессор кафедры коммерческого и предпринимательского права Университета им. Павла Йозефа Сафарика в Кошице, Словакия, подтверждающее ее участие в исследовании, проведенном в рамках МВТСК, результаты которого представлены в данном отчете.



Университет П.Й.Шафарика в Кошицах

Ректору
Финансового университета при
Правительстве Российской
Федерации, проф. Эскиндарову М.А.

Уважаемый Михаил Абдурахманович!

Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации и Университет Павла Йозефа Шафарика в Кошицах имеют положительный опыт сотрудничества в сфере совместных научных публикаций преподавателей.

В целях дальнейшего развития партнерских отношений между вузами предлагаем Вам рассмотреть возможность проведения совместной научно-исследовательской работы в рамках международного временного творческого студенческого коллектива.

Возможная тема для разработки МВТСК: «Защита персональных данных при осуществлении сделок по слиянию на цифровых рынках».

Предполагаемый руководитель МВТСК: PhD., преподаватель Департамента правового регулирования экономической деятельности Юридического факультета Финансового университета при Правительстве Российской Федерации Ючинсон Кристоф Самюэль.

С уважением,

Диана Трещакова, PhD
доцент Юридического факультета
Университета Павла Йозефа Шафарика
в Кошицах

E-mail: diana.trescakova@gmail.com

