

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ ПРИМЕНЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ В СФЕРЕ ОБРАЩЕНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Моросанова Анастасия Андреевна¹
*младший научный сотрудник
МГУ имени М.В. Ломоносова
Экономический факультет,
н. с. РАНХиГС при Президенте РФ
(г. Москва, Россия)*

Радченко Татьяна Алексеевна²
*к.э.н., научный сотрудник
МГУ имени М.В. Ломоносова
Экономический факультет
(г. Москва, Россия)*

Фатихова Аделя Фанисовна³
*магистрант
МГУ имени М.В. Ломоносова
Экономический факультет
(г. Москва, Россия)*

Аннотация

Права на результаты интеллектуальной деятельности являются монопольными по своей природе: возможность извлечения монопольной ренты стимулирует разработчиков к инновационной деятельности. В этой связи соблюдение положительно баланса между защитой прав на интеллектуальную собственность и мер по предупреждению и предотвращению антиконкурентных действия и соглашений является важной задачей экономической политики. В

¹ Моросанова А.А. nastyia.komkova@gmail.com

² Радченко Т.А. taradchenko@gmail.com

³ Фатихова А.Ф. afatikhoff9@gmail.com

статье представлены результаты сравнительного анализа применения антимонопольного законодательства в сфере обращения результатов интеллектуальной деятельности (РИД) в развитых и развивающихся странах. Показано, что и в развитых, и в развивающихся странах распространены специальные нормы применения антимонопольной политики в сфере обращения РИД, оформленных в виде рекомендаций или правил (за исключением Бразилии). Безусловные антимонопольные иммунитеты или специальные режимы для РИД отсутствуют, отдельные оговорки встречаются в форме от подробно описанных блоковых (групповых) исключений в европейском антимонопольном законодательстве до более общих формулировок в Китае и Индии, фиксирующих благоприятные условия для деятельности. Практика применения принудительных лицензий единична, встречается только в развивающихся странах в социально значимой сфере – фармацевтике. В законодательных нормах США, Китая и Японии присутствует прямое указание на презумпцию отсутствия рыночной власти обладателя прав на РИД.

Ключевые слова: результаты интеллектуальной деятельности, защита интеллектуальной собственности, антимонопольное регулирование.

JEL коды: K21, O340, O 400

Российское антимонопольное законодательство формируется во многом под влиянием опыта развитых стран – в большей степени стран Евросоюза и в меньшей степени стран с прецедентной системой права, например, США и Великобритания. Вместе с тем, безусловный импорт институтов и «лучших практик» развитых стран в российское законодательство может иметь крайне негативные эффекты для экономики. И хотя на общем фоне экономической политики вопросы антимонопольной регламентации отношений в сфере обращения результатов интеллектуальной деятельности (РИД) представляются довольно узкими, но их высокая специфичность может иметь далеко идущие последствия для экономики страны.

Основной аргумент против прямой трансплантации институтов (моделей регулирования) связан со сложностью учета особенностей экономик, их текущего экономического развития, возможными источниками и структурой роста результатов интеллектуальной деятельности, формальными и неформальными институтами. Иными словами, применение хорошо себя зарекомендовавших институтов в США и странах ЕС не обязательно будет столь же эффективно в российских условиях. Именно поэтому в дополнение к анализу практики регулирования данной сферы отношений в развитых странах - стран со сформированной нормативной базой и сложившейся практикой применения -

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1.
необходимо изучать опыт развивающихся страна – стран близких России по этапу экономического развития.

Целью данной статьи является провести институциональный анализ и обобщить зарубежную практику антимонопольной регламентации отношений в сфере обращения РИД, а также выявить сходства и различия регулирования данной сферы отношений в развитых и развивающихся странах. В статье мы подробно остановимся на изучении опыта США, ЕС и Японии, прежде всего, потому, что эти страны имеют более длительную историю правоотношений в области обращения РИД, довольно высокую инновационную активность экономики и к опыту именно этих стран, как правило, апеллирует ФАС России. Среди развивающихся стран для анализа были выбраны некоторые страны БРИКС – Индия, Китай и Бразилия.

В рамках межстранового сравнения был проведен анализ законодательства, регламентирующего права на интеллектуальную собственность, в том числе на предмет его соответствия Соглашению по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность. Особый акцент был сделан на анализ следующих ключевых вопросов: особенностей применения антимонопольного законодательства в области обращения РИД (исключения, особые режимы для РИД) и отождествление объектов интеллектуальной собственности с рыночной властью, особенности лицензирования РИД (практика применения принудительного лицензирования), а также применение антимонопольных запретов в отношении прав на РИД. Анализ зарубежного опыта позволит в дальнейшем определить набор возможных развилки (структурных альтернатив) для совершенствования российского законодательства в области антимонопольного регулирования отношений в сфере обращения РИД.

1. Опыт США

1.1. Взаимодействие законодательства по правам интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства

В Соединенных Штатах федеральный закон выделяет три вида объектов в рамках регулирования интеллектуальной собственности: патенты, авторские права, а также товарные знаки. В целом «американские» права на интеллектуальную собственность (ИС) удовлетворяют минимальным стандартам, установленным в соответствии с Соглашением TRIPS⁴, а во многих случаях являются более строгими.

⁴ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС). Предусматривает выполнение странами-участницами ВТО всех важнейших положений Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, за исключением положений о неимущественных правах.

Современные тенденции в США в области правоустановления и деятельности антитрастового отдела Министерства юстиции (DOJ) и Федеральной торговой комиссии (FTC) таковы, что схожий антимонопольный анализ применяется как в случаях с вопросами, связанными с ИС, так и без таковых. Признается, что и законодательство в сфере прав на ИС, и антимонопольные законы предназначены для поощрения инновационной деятельности и конкуренции (принцип симметрии) [Delbaum, 2014].

В силу общего принципа права взаимодействие норм о конкуренции и норм в сфере защиты прав на ИС не слишком подробно прописано в законодательстве США, хотя в некоторых случаях детализацию все же можно обнаружить. В частности, закон Лэнхэма (Lanham Act) предусматривает «антимонопольные средства защиты» против нарушения антимонопольного законодательства, в результате чего владелец товарного знака не может использовать товарный знак, который использовался или используется в нарушение антимонопольного законодательства США. Ни Закон об авторском праве, ни Патентный закон непосредственно не касаются антиконкурентных действий.

Тем не менее доктрина злоупотребления патентными правами (misuse doctrine) может удержать владельца РИД от использования своих прав в антиконкурентных целях. «Основное правило» злоупотребления таково: *патентообладатель не может использовать свой патент для создания монополии, выходящей за рамки, установленные при выдаче патента, с целью получения дополнительной прибыли*. Нарушение антимонопольного законодательства может (но не обязательно) включать злоупотребление, но в тоже время патентообладатель может совершать злоупотребление без нарушения антимонопольного законодательства. Например, связанные продажи – требование приобретения непатентованных продуктов в качестве условия для получения патента – являются наиболее распространенной формой злоупотребления. Тем не менее Верховный суд постановил, что простое *владение патентом не поддерживает презумпцию рыночной власти*, а в случае связанных продаж истец (в данном случае субъект, пытающийся оспорить правомерность действий обладателя патента) должен доказать рыночную власть на связанный продукт.

Один из главных законов США о защите конкуренции – Закон Шермана – прямо не касается прав на интеллектуальную собственность. Закон Клейтона, по сути, тоже не содержит упоминаний об ИС, однако некоторые разделы применялись и к сделкам, связанным с передачей прав на РИД. Раздел 7 Закона Клейтона запрещает сделки экономической концентрации, эффект которых «может существенно уменьшить конкуренцию или создать угрозу формирования монополии». Данный эффект может относиться к приобретению прав на интеллектуальную собственность или к эксклюзивным лицензиям. Раздел 7А Закона Клейтона, также известный как Закон Харта-Скотта-Родино, требует, чтобы стороны уведомляли госорганы США о сделке по слиянию или поглощению, если эта сделка приводит к выходу за определенные пороговые значения концентрации, и это положение также имело значение для сделок экономической концентрации, связанных с обращением прав на ИС.

В 1995 году Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия совместно выпустили Антимонопольное Руководство по лицензированию интеллектуальной

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1. собственности (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, далее – Руководящие принципы). Руководство сформулировало три основных принципа:

- для целей антимонопольного анализа органы власти рассматривают РИД точно так же, как и любые другие объекты права;
- органы власти не утверждают, что РИД создают рыночную власть в антимонопольном контексте;
- органы власти признают, что лицензирование РИД позволяет компаниям объединять дополнительные факторы производства, как правило, стимулируя конкуренцию.

В соответствии с руководящими принципами, органы власти рассматривают подавляющее большинство лицензионных соглашений по РИД, руководствуясь правилом взвешенного подхода⁵ (хотя некоторые ограничения, такие как фиксирование цен и ограничения выпуска продукции, рассматриваются как нарушения *per se*). В руководящих принципах обозначена «зона безопасности» для лицензионных ограничений, которые не являются прямо антиконкурентными: это действует, если стороны обладают в совокупности не более 20% от каждого соответствующего рынка, на который оказывает влияние ограничение. К «зоне безопасности» не относится передача прав по РИД, которая требует анализа в связи со сделкой экономической концентрации (слиянием). Антимонопольные руководящие принципы по лицензированию интеллектуальной собственности не покрывают антимонопольное регулирование товарных знаков. Хотя эти общие антимонопольные принципы сами по себе могут быть применены в том числе и к товарным знакам, рекомендации по их использованию направлены прежде всего на регулирование сделок с передачей технологий и инновационных вопросов, связанных с патентами, авторскими правами, торговыми секретами и ноу-хау, нежели с вопросами продуктовой дифференциации, возникающими в отношении товарных знаков.

В 2007 году регуляторы (Федеральная торговая комиссия и Министерство юстиции) опубликовали совместный доклад об антимонопольном регулировании и правах интеллектуальной собственности. В докладе, который анализирует ряд ключевых вопросов использования РИД в соответствии с требованиями антимонопольного законодательства, подчеркивается, что «руководящие принципы будут являться ориентиром для органов в новых и комплексных антимонопольных проблемах, связанных с интеллектуальной собственностью»⁶.

⁵ Применительно к антимонопольному регулированию соглашений, заключаемых с участием доминирующей на рынке компании и потенциально носящий антиконкурентный характер, правило взвешенного подхода представляет собой инструмент, с помощью которого на основе сопоставления позитивных и отрицательных последствий соглашений или деятельности участников рынка, ограничивающих конкуренцию, разрешаются или запрещаются такого рода практики. [Шаститко, 2005, 15]

⁶ U.S. DoJ & FTC. (1995). Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property // <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>.

1.2. Проблемы антимонопольного регулирования прав на РИД

Нахождение баланса между законодательством по правам интеллектуальной собственности и антитрастом происходит в нескольких направлениях: существуют отдельные вопросы, по которым идет активное обсуждение относительно необходимости и типа применения регулирующих мер. В большинстве случаев суды США руководствуются правилами взвешенного подхода, то есть действия могут быть признаны незаконными, если они не способствуют повышению эффективности от интеграции экономической активности участников. Регулятор и суды должны рассмотреть, снижает ли соглашение конкуренцию между лицами, которые были бы фактическими или потенциальными конкурентами на соответствующем рынке в отсутствие такого договора. При снижении эффективности соглашения могут быть признаны незаконными ограничения торговли.

Например, по закону Шермана фиксирование цен в рамках горизонтального соглашения незаконно априори, независимо от того, насколько цены умеренны. Основной вопрос, ответ на который важен для решения в порядке правоприменения, кроется в фиксировании цен в вертикальных соглашениях, где могут быть применены разные варианты судебной политики. После принятия Закона о ценообразовании на потребительские товары (Consumer Goods Pricing Act, 1975) установление минимальной цены перепродажи стало запрещено, в том числе на товары, связанные с РИД. Однако дело не коснулось установления максимальной цены – такая практика является, в принципе, законной, если она не мешает конкуренции. Поэтому в законодательстве США в настоящее время установление максимальной цены в вертикальных соглашениях подлежит более гибкому контролю с помощью правила взвешенного подхода.

В США эксклюзивная лицензия способна вызывать претензии антимонопольных органов только в том случае, когда лицензиар и лицензиат находятся в горизонтальных (или конкурентных) отношениях. Тогда условия лицензирования должны быть тщательно исследованы на предмет того, как стороны распределили рынок – *per se* нарушение антимонопольного законодательства – посредством эксклюзивной лицензии. Такие ограничения могут быть интерпретированы как антиконкурентное действие в целях сокращения возможностей доступа к необходимым ресурсам или увеличения издержек конкурентов, либо как действие по увеличению цены или снижению выпуска. Схожий подход применяется к *grant-back*⁷, «связанным продажам» и пакетному лицензированию. Данные пункты будут объектом рассмотрения, если:

- продавец имеет рыночную власть на рынке сопутствующих продуктов;
- организация имеет негативное влияние на конкуренцию на рынке связанного изделия (на смежные/связанные рынки);

⁷ Пункт лицензионного договора, обязывающий лицензиата предоставить лицензиару эксклюзивную лицензию на изобретения, которые будут созданы лицензиатом в той же области или на усовершенствование существующего изобретения

- обоснование эффективности данной меры не перевешивает антиконкурентные эффекты.

Отдельного рассмотрения заслуживает такая возможность антимонопольного органа по регулированию рынка РИД, как обязательное лицензирование. Верховный суд США поддержал возможность обязательного лицензирования в качестве антимонопольного решения вопроса, но суды в штатах неохотно прибегают к этому средству. Федеральная торговая комиссия иногда требует обязательное лицензирование в своих решениях.

В законодательстве и практике США отсутствуют случаи принудительной лицензии из-за отказа от сделки или нарушения исключительных прав патентообладателей. В этих случаях применяются иные антимонопольные средства. Также нет случаев принудительной лицензии из-за отсутствия или недостаточных поставок (в отличие от Китая, Индии и Канады) [Huang M., 2014]. Но закон США предоставляет возможность обязательных лицензий в том случае, если существует особый общественный интерес (Закон об атомной энергетике и Закон о чистом воздухе 1970 года). Также в деле *Baye* была угроза применения обязательной лицензии, в случае если компания не снизит цены на медицинский препарат *Ciproflaxin*. *Baye* значительно снизили цену, соответственно, принудительная лицензия применена не была.

Отметим, что до 2007 года было законно применение обязательного лицензирования в случаях с эксклюзивными соглашениями *grant-back* и пакетным лицензированием (*Transparent Wrap Machine Corp v Stokes & Smith Co*, случай, в котором эксклюзивный *grant-back* рассматривался под правилом взвешенного подхода), но все равно данная мера не был распространена.

Современные тенденции в США в области правоустановления и деятельности антитрестовского отдела Министерства юстиции и Федеральной торговой комиссии таковы, что схожий антимонопольный анализ применяется как в случаях с участием вопросов ИС, так и без, признавая, что законодательство по правам ИС и антимонопольные законы и предназначены для поощрения инновационной деятельности и конкуренции (принцип симметрии). Антимонопольные руководящие принципы по лицензированию интеллектуальной собственности сформулировали основные положения, которые рассматривают РИД точно так же, как и любые другие объекты права и не приравнивают рыночную власть к владению правом на РИД. Органы власти рассматривают подавляющее большинство лицензионных соглашений по РИД, руководствуясь правилом взвешенного подхода (хотя некоторые ограничения, такие как фиксирование цен и ограничения выпуска продукции, рассматриваются как нарушения *per se*).

2. Опыт ЕС

2.1. Взаимодействие законодательства по правам интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства

Европейское *патентное законодательство* охватывает широкий спектр нормативных актов. В их числе: национальные патентные законы, Страсбургская конвенция 1963 года,

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1.

Европейская патентная конвенция 1973 года, а также ряд директив Европейского союза. Европейское патентное право также определяется международными соглашениями, такими как Соглашение Всемирной торговой организации по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность (Соглашение TRIPS) и Договор о патентном праве (PLT).

Хотя различные аспекты прав на РИД согласованы на уровне ЕС, но все же большинство прав на РИД оговариваются на национальном уровне (за исключением Союзных промышленных образцов (Community Design) и Союзных товарных знаков (Community Trade Mark), которые находятся в ведении Ведомства по гармонизации на внутреннем рынке (Office for Harmonisation of the Internal Market)). В целом, можно сказать, что законодательство Евросоюза соответствует минимальным требованиям, задаваемым соглашением TRIPS [Kerckhove, 2008].

Основные характеристики положения о защите конкуренции содержатся в статьях 101 и 102 Договора о функционировании Европейского союза в последней редакции (Лиссабонский договор, далее – Договор).

Пункт 1 статьи 101 Договора запрещает как несовместимые с общим рынком соглашения и согласованные действия, ограничивающие конкуренцию и влияющие на торговлю между государствами-членами. В данную запрещенную категорию попадают и контракты, связанные с интеллектуальной собственностью, например, исключительное лицензирование и исключительное право на сбыт. Общий запрет на соглашения, ограничивающие конкуренцию, относится как к горизонтальным соглашениям между конкурентами, так и к вертикальным соглашениям между субъектами, которые не конкурируют друг с другом, например, отношения «производитель – дистрибьютор».

Хотя соглашения, ограничивающие конкуренцию, запрещены, в некоторых случаях возможны их реализация может создавать положительные эффекты, например, в виде повышения эффективности производства или обеспечения доступа к новым рынкам. Пункт 3 статьи 101 Договора предоставляет возможность требования послаблений, если выполняются следующие условия:

- соглашение должно способствовать улучшению производства или распределения товаров или содействовать техническому или экономическому прогрессу;
- часть выгоды должна быть доступна для потребителей (например, с помощью простого и быстрого доступа к товарам, произведенным в других странах);
- соглашение не должно налагать на предприятия ограничения, которые не являются обязательными для достижения целей (например, пакетное лицензирование).

Если соглашение отвечает вышеуказанным критериям, стороны могут получить освобождение, либо в виде отдельных или так называемых групповых исключений (block exemptions), которые автоматически попадают под категорию «разрешенных» контрактов по использованию и передаче технологий. Соглашения, касающиеся других форм

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1. сотрудничества, выходящих за пределы групповых исключений, требуют индивидуального рассмотрения, и, следовательно, для вынесения решения по тому или иному спору подробности дел должны быть рассмотрены Европейской комиссией.

Основные нормы антимонопольного законодательства ЕС не содержат упоминания отдельно о правах на РИД. Тем не менее, имеют место некоторые исключения: Групповые исключения для соглашений о трансфере технологий (ТТВЕР) освобождают определенные типы соглашений на основе патентов и ноу-хау между двумя сторонами из-под действия статьи 101 (1); и Групповые исключения в сфере НИОКР освобождают определенные соглашения по НИОКР из-под действия статьи 101 (1), в том числе их положения, связанные с ИС.

Однако в отличие от подхода США, где монополия на рынке РИД обладает неким запасом иммунитета на вмешательство со стороны антимонопольных органов, Европейский антимонопольный закон придерживается более ограничительного подхода, считая, что, существуют некоторые обстоятельства, при которых исключительное право собственника на РИД может быть ограничено в пользу более конкурентной структуры рынка [Arezzo E. 2006].

2.2. Групповые исключения для соглашений о трансфере технологий (ТТВЕР)

Technology Transfer Block Exemption Regulation (ТТВЕР), или групповые исключения для соглашений о трансфере технологий, были утверждены регламентом Еврокомиссии № 772/2004 от 27 апреля 2004 г. (далее – ТТВЕР) и впоследствии уточнены регламентом Еврокомиссии от № 316/2014 от 21 марта 2014 г. (далее – ТТВЕР-2014) в связи с истечением срока действия предыдущего регламента и наличия необходимости внести некоторые поправки. В целом ТТВЕР-2014 не принес больших изменений, поэтому далее мы ориентируемся на ТТВЕР со специальными оговорками при наличии новшеств в ТТВЕР-2014.

ТТВЕР затрагивает лицензионные соглашения, относящиеся к патентам, ноу-хау, авторским программам и их комбинациям. ТТВЕР применяется только в случае передачи технологии с целью производства или поставки товаров или услуг, а на НИОКР с целью получения нового знания (скорее относящихся к сфере науки, чем к производственной сфере) соглашения не распространяются (для этого есть отдельные групповые исключения). Более того, ТТВЕР-2014 внес в явном виде специальные уточнения относительно неприменимости ТТВЕР к НИОКР, поскольку ранее порой возникали спорные ситуации. Многосторонние соглашения также исключены из сферы действия ТТВЕР. Следовательно, ТТВЕР, как правило, не распространяются на «патентные пулы», хотя ТТВЕР может применяться к отдельным лицензиям. ТТВЕР-2014 также дает специальные разъяснения по этому поводу.

ТТВЕР состоит из трех частей. Первая – определение безопасных зон для технологических трансферов между двумя сторонами, то есть параметров соглашений, в отношении которых не применяются антимонопольные запреты. Порог – 20% рынка (совокупно для двух фирм), если фирмы конкурируют между собой, и 30% рынка (индивидуально для каждой фирмы), если они не являются конкурентами. При подготовке

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1.
ТТВЕР-2014 была сделана попытка изменить эти пороги, снизив их в некоторых случаях, но по итогам консультаций с участниками рынка эта инициатива была отвергнута.

Вторая часть ТТВЕР – это список ограничений, составляющих ядро системы (в новой версии ТТВЕР они обозначены как внесенные в черный список – *black-listed clauses*). Они разделены на ограничения, применяемые к соглашениям между конкурентами и фирмами, не конкурирующими друг с другом. Список основных ограничений различается в зависимости от того, о каком соглашении идет речь - между конкурентами или неконкурентами. Фирмам, не являющимся конкурентами между собой, предоставляется больше свободы, что отражает низкий потенциал для вреда конкуренции.

Основные пункты договоров, попадающие под запрет для конкурентов, включают в себя: ограничение возможности стороны в определении цены на продукт, произведенный с помощью РИД, при продаже третьему лицу (поддержание цен перепродажи); взаимные ограничения на выпуск; ограничение возможности лицензиата использовать свои собственные технологии или проводить дальнейшие исследования и разработки, а также раздел рынков или клиентов между сторонами (однако с достаточно сложным набором исключений).

Основные пункты договоров, попадающие под запрет для предприятий, не являющихся конкурентами, также включают в себя: поддержание цены перепродажи, некоторые ограничения, связанные с пассивными продажами⁸ (в ТТВЕР-2014 эти правила ужесточены, так что ограничения, связанные с пассивными продажами, в соглашениях между лицензиатами, даже не конкурирующими, не попадают под исключения – в отличие от соглашений лицензиара и лицензиата), а также ограничения на продажу конечным пользователям через селективные системы распределения.

Третья часть ТТВЕР – это список исключаящих ограничений, рассматриваемых на основе индивидуальных оценок (в новой версии ТТВЕР они обозначены, как «серые практики» – *grey-listed clauses*). В данной части размещены четыре дополнительные категории ограничений, а также «исключающие» ограничения. Появление во взаимодействии исключаящего ограничения означает, что защита со стороны ТТВЕР не действует. Таким образом, его влияние на конкуренцию должно оцениваться отдельно. Если часть договора посчитают антиконкурентной, то оставшаяся часть соглашения может еще рассматриваться под защитой ТТВЕР (предполагается, что разделение возможно).

Соглашение, которое выходит за рамки ТТВЕР, не обязательно будет незаконным, поскольку после индивидуальной оценки оно может быть оправдано соображениями эффективности при условии, что договор:

⁸ Продажи, дающие покупателю возможность ознакомиться с услугой или товаром и приобрести его только путем самостоятельного обращения в компанию.

- улучшает производство и распространение товаров (или услуг), либо способствует техническому или экономическому прогрессу;
- дает потребителям «справедливую долю» от полученной выгоды; не ограничивает конкуренцию больше, чем необходимо на соответствующем рынке.

Задача Комиссии и судов ЕС состоит в том, чтобы найти правильный баланс между адекватной защитой прав на интеллектуальную собственность и других прав, в том числе защищаемых нормами антимонопольного законодательства, в случаях, когда нарушение этих прав выходит за рамки патента. Очевидным является то, что ИС не являются абсолютными правами, что полностью укладывается в современные представления о правах собственности, принятые в экономической теории. Еще в 1960-е годы Европейский суд (European Court of Justice (ECJ)) в попытках решения вопроса о сбалансированности защиты конкуренции и интеллектуальной собственности, проводил различие между «предоставлением» (гарантиями существования прав на ИС) и «использованием» этих прав, и обнаружил, что владелец ИС может быть огражден от использования своих прав на интеллектуальную собственность в объеме, необходимом для пресечения (предотвращения) антиконкурентных соглашений. Хотя такое нахождение баланса между ИС и антимонопольным законодательством может не являться единственным и оптимальным, но в Евросоюзе эта точка находится по большей части в области антимонопольного законодательства, поэтому основным обсуждаемым вопросом является то, насколько владельцы прав на ИС могут на законных основаниях быть ограничены в использовании своих прав. Заявления Комиссии отражают определенный скептицизм относительно гарантий и защиты прав на интеллектуальную собственность. Так, еврокомиссар по конкуренции Хоакин Альмуния (Joaquín Almunia) сказал: «Я думаю, что компании должны тратить свое время на инновации и конкурировать с другими основываясь на достоинствах продуктов, которые они предлагают – а не злоупотреблять своими правами на интеллектуальную собственность для поддержания конкурентов в ущерб инновациям и потребительскому выбору» (EU commission press release, 6 may 2013⁹).

3. Опыт Японии

3.1. Взаимодействие законодательства по правам интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства

Национальное законодательство Японии соответствует положениям международного соглашения TRIPS. В частности, в отношении части 2 (нормы в отношении наличия, объема и использования прав на интеллектуальную собственность), разделов 1 и 4 – 8, им соответствуют японские Закон об авторском праве (Copyright Act), Закон о промышленных образцах (Design Act), Закон о патентах (Patent Act), Закон о защите полупроводниковых интегральных схем (Act on the Circuit Layout of a Semiconductor Integrated Circuits), Охрана

⁹ Доступно по ссылке на сайте Еврокомиссии: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-406_en.htm

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1. закрытой информации (Unfair Competition Law, art. 2), в полной мере отражающие минимум, установленный TRIPS.

В отношении обращения РИД в рамках антимонопольного законодательства, фундаментальными в Японии можно выделить Антимонопольный закон от 1947 года (Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade, the «Antimonopoly Act») и рекомендации по его применению в отношении патентных соглашений, опубликованные Комиссией по добросовестной торговле (Fair Trade Commission of Japan). Комиссией определены следующие рекомендательные документы, отражающие особенности применения антимонопольного законодательства¹⁰:

- Рекомендации к использованию интеллектуальной собственности в рамках антимонопольного закона от 2007 года (Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act);
- Рекомендации по стандартизации и о соглашении о патентном пуле от 2005 года (Guidelines on Standardization and Patent Pool Agreement);
- Рекомендации в отношении НИОКР в рамках антимонопольного закона от 1993 года (Guidelines concerning Joint Research and Development under the Antimonopoly Act).

Согласно ст. 21 антимонопольного закона Японии, закон не должен применяться к любому действующему, идентифицируемому как осуществление права на РИД; законодательное собрание Японии, наравне с японской Комиссией по добросовестной торговле, рассматривают применение антимонопольного закона к любому проявлению деятельности в отношении прав на РИД, нарушающих антимонопольный закон. При этом, в законе об интеллектуальной собственности Японии (ст. 10, Intellectual Property Basic Act of 2002) говорится о том, что, несмотря на необходимость применения мер по защите и использованию прав на РИД, следует также учитывать необходимость поддержания добросовестного использования РИД, а также общественных интересов с позиции содействия честной и свободной конкуренции. Таким образом, несмотря на отсутствие однозначных положений о применении антимонопольного законодательства в отношении прав на РИД, и антимонопольный закон, и законодательство в отношении РИД преследуют единую цель – не противоречие принципам свободной торговли и развитию конкуренции. При этом законодательство Японии не приравнивает владение правом на РИД к презумпции рыночной власти.

Антимонопольный закон Японии одинаковым образом распространяется на разные объекты интеллектуальной собственности и на разные виды РИД. Законом также не прописаны особенности его применения в случаях, если речь идет об отдельных отраслях экономики, географических регионах и иных специфических условиях. В то же время, в ст. 100 антимонопольного закона Японии сказано, что, в отношении ситуаций, связанных с РИД могут быть применены особые санкции. В частности, если суд назначает уголовную ответственность лицам, уличенным в частной монополизации или в необоснованном

¹⁰ Доступны на официальном сайте Комиссии http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.html

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1. ограничении (торговли), то, суд вправе объявить недействительным используемый обвиняемой стороной патент¹¹.

В японском Законе о патентах (Japanese Patent Act) указаны три случая, при которых может быть применено *обязательное лицензирование*: неиспользование патента, устранение блокирующих патентов или же лицензирование с целью защиты интересов общества.

В случае, если запатентованное изобретение не прослужило в течение трех лет и более, а с момента заполнения заявки на патент прошло четыре года, лицо, намеревающееся использовать патент, может потребовать обсуждения с лицом, обладающим патентом, выдачи неисключительной лицензии. В случае, если желаемый результат не был достигнут на переговорах, или по какой-то причине переговоры не состоялись, лицо далее может обратиться к генеральному директору патентного бюро с целью получения арбитражного решения в соответствии с положениями в Законе. Эти положения, наряду с положениями об апелляции и о повторном рассмотрении, подробно изложены в Законе, учитывающем все процессуальные и материально-правовые ограничения, утвержденные Парижской конвенцией и соглашением ТРИПС.

В статье 92 Закона указано требование обязательного лицензирования в случае блокирующих патентов, при этом, основные положения, связанные с обращением к арбитражу идентичны первому случаю. Дополнительные требования рассмотрены в статье 93 (основанные на статье 31.1 ТРИПС): обязательное лицензирование не может быть выдано в ситуации доминирующего патента, если только заявленное изобретение не «представляет собой важное техническое преимущество, обладающее значимостью для экономики», в сравнении с требуемым ранее доминирующим патентом. При этом, согласно закону, должны быть проведены соответствующие тестирования.

В статье 93 Закона сказано, что, если запатентованное изобретение является значимым и необходимым в интересах общества, лицо, намеревающееся использовать патент, может принудить патентодержателя к переговорам относительно лицензии. В случае, если соглашение не было достигнуто, лицо вправе подать петицию в адрес Министра экономики, торговли и промышленность об арбитражном решении, согласно ранее изложенной схеме.

Одновременно с этим, в Японии также существуют некоторые основания для признания допустимости лицензионных ограничений. В частности, «зона безопасности» в Японии (согласно Рекомендациям) определяется следующим образом: если ограничение, налагаемое на использование технологии, обладает минимальным (негативным) влиянием на конкуренцию при условии, что все фирмы, пользующиеся технологией, обладают 20 и менее процентами того или иного рынка. В случае, если невозможно определить рыночные доли, то, допустимым условием становится наличие как минимум *четырёх* фирм в качестве обладателей прав на альтернативные технологии.

¹¹ Тем не менее, на практике подобное еще не применялось.

Важно отметить, что, «зона безопасности» не распространяется на те случаи, когда фирма использует недобросовестные методы конкуренции или препятствует принципам свободной конкуренции. Поскольку ряд видов ограничений (ценовое, на объемы товара, территориальное, потребительская аудитория, а также деятельность по исследованиям и разработкам) может быть рассмотрен как недобросовестный способ конкуренции, полагание на «зону безопасности» не является надежным.

В японском законодательстве *per se unlawful* (*per se illegal*, *per se незаконные*) в чистом виде в отношении прав на РИД не рассматривается. Однако, в одном из документов на официальном сайте Комиссии упоминается запрет *per se* на картели, включающий также запреты на контроль цен, ограничение объема продаваемых товаров, аллокацию рынков и на мошенничество при торгах [Kurita M., 2005, с.17]. В действительности, несмотря на отсутствие запретов *per se*, первостепенным образом учитывается нарушение антимонопольного закона.

В то же время, на основе дел с участием JFTC (Japan Fair Trade Commission, Комиссия по добросовестной торговле Японии), можно выделить следующие запреты [Hiroko Y. 2014, с. 49]:

- 1) Запрет на контроль цен и отказ в выдаче лицензий новым игрокам рынка от патентного пула (дело Pachinko Patent Pool¹², JFTC Recommendation Decision on August 6th, 1997). Решение JFTC – использование прав на РИД, полученное от третьих лиц, способно привести к частной монополизации;
- 2) Запрет на необоснованное применение регистрации товарного знака (Hokkaido Newspaper¹³, JFTC Decision in 2000);
- 3) Запрет на недобросовестную торговую практику (Решение JFTC по делу Asahi Denka¹⁴, 1995. Согласие между двумя компаниями на передачу одной другой лицензии на ноу-хау, при этом, согласно договору, компания, получившая лицензию, не могла производить или продавать объект интеллектуальной собственности в Японии в течение 10 лет с момента истечения срока действия лицензии.).

Важно отметить, что, в Рекомендациях (Intellectual Property Guidelines) недопустимость эксклюзивных прав не адресована в чистом виде. Комиссия (JFTC) постановляет, что, эксклюзивные лицензии сами по себе не являются нарушением антимонопольного закона. Если конкуренты выдают друг другу эксклюзивные лицензии, тем самым препятствуя конкуренции, то, эти эксклюзивные лицензии могут быть расценены как способ достижения антиконкурентных целей и нарушение антимонопольного закона. В дополнении к этому, если

¹² Доступно по ссылке:

[http://www.koryu.or.jp/tokyo/ez3_contents.nsf/15aef977a6d6761f49256de4002084ae/9985292037255ce449257b7c002bc433/\\$FILE/2012huangmingjye.pdf](http://www.koryu.or.jp/tokyo/ez3_contents.nsf/15aef977a6d6761f49256de4002084ae/9985292037255ce449257b7c002bc433/$FILE/2012huangmingjye.pdf)

¹³ Доступно по ссылке: <http://www.jftc.go.jp/eacpf/03/private.pdf>

¹⁴ Доступно по ссылке: <http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/jicatext2/0907Ant.pdf>

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1.
лицензиат обязан выдать эксклюзивную лицензию лицензиару, действия лицензиара могут быть направлены на нарушение антимонопольного закона.

В случае судебного расследования, Комиссия (далее JFTC) применяет взвешенный подход (*rule of reason*) посредством проведения дознания заявленного ограничения.

4. Опыт развивающихся стран (Индии, Китая и Бразилии)

В поисках оптимального решения в применении антимонопольного законодательства в отношении прав на РИД был рассмотрен опыт развивающихся стран: Индии, Китая и Бразилии. Каждая из этих стран на различных этапах своего развития адаптировала законодательство в соответствии с соглашением TRIPS¹⁵, принятым ВТО в 1994 г. Анализ построен на основе последовательного исследования зарубежных практик в разрезе взаимодействия положений законодательства о защите прав на ИС и антимонопольного законодательства, в том числе особенностей лицензирования результатов интеллектуальной деятельности (принудительное лицензирование и лицензионные ограничения) и запретов в отношении прав на РИД (прямые *per se* и на основе судебной практики).

4.1. Взаимодействие законодательства по правам интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства

4.1.1. Индия

В настоящее время национальное законодательство Индии соответствует минимальным требованиям соглашения TRIPS (патенты, авторские права, товарные знаки), несмотря на то, что между подписанием договора TRIPS в 1994 году и созданием патентного закона прошло около 10 лет (закон вступил в силу с 01 января 2005 г.). На национальном уровне, помимо Закона о конкуренции (Competition Act, 2002), в Индии также существует руководство по его применению к правам на интеллектуальную собственность (Intellectual Property Rights Under The Competition Act, 2002, далее – Руководство)¹⁶. Также в Индии поднимается вопрос о создании общих руководящих принципов, основанных на том же соглашении TRIPS¹⁷.

Что касается исключений в отношении применения к правам на РИД с точки зрения антимонопольного законодательства, то, согласно разделу 3 Закона о конкуренции, те соглашения, которые вызывают или могут вызвать заметное негативное влияние на конкуренцию, будут считаться недействительными. Соглашения же, заключенные в отношении различных типов прав на ИС и объектов ИС (в отношении товарных знаков, патентов, авторских прав, географических наименований происхождения продукта, промышленных образцов и интегральных микросхем), изъяты из перечня «антиконкурентных соглашений». Иными словами, монополистические права, поддерживаемые в пользу

¹⁵ http://www.wipo.int/wipolex/ru/treaties/text.jsp?file_id=329636

¹⁶ http://www.competition-commission-india.nic.in/advocacy/Intellectual_property_rights.PDF

¹⁷ http://cci.gov.in/images/media/ResearchReports/Technology%20Transfer%20Agreements%20in%20High-Tech%20Industries%20_A%20Competition%20Law%20Analysis.pdf

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1.
добросовестных держателей различных прав на объектов ИС, в индийском законодательстве являются неприкосновенными [Rajkumar Dubey, 2005].

4. 1.2 Китай

Национальное законодательство Китая также соответствует положениям соглашения TRIPS. При этом, в отношении обращения прав на результаты интеллектуальной деятельности следует, в первую очередь, отметить антимонопольный закон (Anti-monopoly Law of the People's Republic of China), действующий с 2008 года. Ранее права на интеллектуальную собственность в рамках антимонопольного закона были отражены в ст. 55 (антимонопольный закон не распространяется на использование прав на РИД лицами, не нарушающими соответствующее законодательство, если только их деятельность не влияет пагубно на конкуренцию, а компании не злоупотребляют доминирующим положением), однако, с 01 августа 2015 года в силу вступили «Положения о запрете злоупотребления правами на РИД с целью ограничения или препятствования конкуренции» (далее Положения, «Provisions on Prohibiting the Abuse of Intellectual Property Rights to Preclude or Restrict Competition»). При этом, согласно ст. 2 Положений, цели защиты прав на РИД совпадают с целями антимонопольной политики, в частности, они заключаются в продвижении конкуренции и инновационного развития, повышении экономической эффективности, а также защите потребителей и интересов общества. Антимонопольный закон не применяется к использованию прав на РИД в рамках действия Положений и административного регулирования в отношении прав на РИД, если только речь не идет о злоупотреблении правами на РИД с целью ограничения или препятствия конкуренции.

4.1.3. Бразилия

Бразильское законодательство, наряду с Индией и Китаем, соответствует всем основным аспектам соглашения TRIPS - более того, в некоторых случаях законодательство является более строгим, чем это требует ВТО. При этом, права на ИС не являются объектом специального режима антимонопольного регулирования или исключением из Закона о конкуренции Бразилии (Закон 12.529). Закон 12.529, изданный в 2011 году, также охватывает и деловую практику, связанную с использованием таких прав. Примечательно, что несколько решений, выданных Бразильским конкурентным ведомством (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica), несколько усилили утверждение, что обладание ИС – это не страховка от действия закона о конкуренции, и подчеркнули то, что оба типа законодательств, хотя и несколько противоречивы в некоторых случаях, в целом преследуют одни и те же основные цели по содействию инновациям и благосостоянию потребителей. Тем не менее, особенностей применения антимонопольного законодательства в отношении прав на РИД в бразильском Законе о конкуренции не предусмотрено.

Таким образом, законодательство всех трех стран не противоречит положениям TRIPS. Однако можно заметить и некоторые отличия: в частности, в Индии – неприкосновенность монополистических прав в отношении добросовестных обладателей прав на РИД; а в Бразилии – отсутствия в отношении прав на ИС статуса объекта специального применения антимонопольного закона.

4.2. Особенности лицензирования результатов интеллектуальной деятельности

4.2.1 Индия

В соответствии с Соглашением TRIPS, Индия приняла законодательство, предусматривающее *обязательное лицензирование* в соответствии со статьями 84 и 92 индийского патентного права. Согласно ст. 83, при выдаче патента заявитель должен представить Индийскому патентному ведомству форму, содержащую подробную информацию об использовании предоставленного патента. Если защищенная технология не используется больше трех лет после выдачи патента, то заинтересованная сторона может обратиться за добровольной лицензией в соответствии со статьей 84. В случае, если патентообладатель отказывается выдать добровольную лицензию, то заинтересованное лицо в соответствии со статьей 84 может подать заявление на выдачу принудительной лицензии. Помимо этого, принудительная лицензия может быть выдана в случае нулевого или небольшого доступа к товару или очень высокой цены на защищенные жизненно необходимые лекарства. Государство, в соответствии со статьей 92 индийского патентного права, может обеспечить предоставление расширенного доступа по более низкой цене и, соответственно, выдать обязательную лицензию любой заинтересованной стороне.

Наряду с принудительным лицензированием, в индийском законодательстве определены условия для признания допустимыми или недопустимыми *лицензионных ограничений*. Так, согласно разделу 3 (5) Закона о конкуренции, владение и распоряжение правами на ИС под «разумными условиями, которые могут быть необходимы для защиты» не будет попадать под нарушения раздела 3 (антиконкурентные условия договора). Несмотря на отсутствие идентификации «разумных условий», исходя из принципов, оговоренных в Руководстве, любые необоснованные условия по реализации прав на ИС будут рассматриваться как нарушение по этому разделу. Другими словами, лицензионные соглашения, влияющие негативно на цены, количество, качество или разнообразие товаров и услуг, будут рассматриваться с точки зрения Закона о конкуренции до тех пор, пока условия договора будут являться «неразумными», то есть выходящими за пределы тех прав, которые обеспечиваются правом на ИС. Среди практик, которые могут быть недопустимыми с позиции конкурентной политики, могут быть *ограничения*, отрицательно влияющие на состояние конкуренции на товарных рынках по причине разделения рынков по различным используемым технологиям; *механизмы*, объединяющие исследования и разработки двух и более компаний, наносящие ущерб исследованиям и разработкам в смежных областях; *перекрестное лицензирование* между сторонами, обладающими рыночной властью и т.д. [Sehgal, 2013].

4.2.2 Китай

Принудительное лицензирование РИД в Китае существует согласно главе 6, ст. 48-58 Патентного закона КНР (Patent Law of the People's Republic of China) и применяется при выполнении следующих условий:

- с момента выдачи патента прошло 3 года, а с момента подачи заявки прошло четыре года, обладатель патента, без законных оснований, не использовал свой патент или же использовал не полностью;
- использование патентообладателем патентных прав не противоречит закону, подтверждено как монополия, и при этом нет негативного влияния на конкуренцию;
- в условиях форс-мажора (на национальном уровне) или в интересах общества (распространяется на изобретение или полезную модель);
- в интересах общественного здравоохранения для производства лекарств (патент при этом должен быть ранее получен) и для его экспорта в страны-члены международных договоров, членом которых также должен являться Китай;
- в случае, если изобретение или полезная модель обладает высокой степенью важности и значимости для экономики страны.

Наряду с особенностями принудительного лицензирования, в Китае существуют условия признания *лицензионных ограничений*. К примеру, «зона безопасности» определяется двумя случаями в ст. 5 Положений:

1) Общая доля рынка (суммарная) не превосходит 20% или же на рынке имеются как минимум *четыре* независимые фирмы с товарами-субститутами, реализуемыми по приемлемой цене;

2) Рыночные доли каждой из сторон не превосходят 30%, или же на рынке существуют как минимум *две* независимые фирмы с товарами-субститутами, реализуемыми по приемлемой цене.

4.2.3 Бразилия

В Бразилии, согласно ст. 68, 70 и 71 Закона 9279/96, *обязательное лицензирование* предусматривается в следующих случаях:

- злоупотребление патентными правами (ст. 68);
- злоупотребление экономической властью (ст. 68);
- отказ в использовании патента на территории Бразилии (68 ст., §1, I);
- коммерциализация, не соответствующая потребностям рынка (ст., §1, II.);
- зависимость одного патента от другого (ст. 70);
- общественный интерес или национальная необходимость (ст. 71).

Бразилия является одним из четырех государств, которые начали практику обязательного лицензирования после заключения соглашения TRIPS.¹⁸ Между 2001 и 2006 годами был выдан ряд предупреждений фармацевтическим компаниям о принуждении к

¹⁸ Также известно о случаях выдачи принудительных лицензий в сфере фармацевтики в таких странах как Малайзия, Замбия и Эквадор.

выдаче обязательных лицензий. Эти угрозы привели к значительному снижению цен на лекарства от ВИЧ и СПИДа. Такие переговоры с угрозами о принудительном лицензировании продолжались до 2007 года, до тех пор пока государство не потребовало дальнейшего снижения цен на лекарства, а производитель отказался следовать рекомендациям. Поэтому принудительная лицензия была выдана.

После этого, в 2012 году, Бразилия аннулировала патент, относительно которого правительство ранее угрожало обязательным лицензированием. Судья постановил, что эти положения не являлись конституционными. Так как более 1000 других патентов было выдано в соответствии с такой переходной процедурой, то такое решение потенциально аннулировало большое количество других патентов [Smith, 2013].

Важно отметить, что лицензионные соглашения в Бразилии часто подвергаются структурному контролю (при условии, что стороны превышают пороги оборотов, указанных ниже).

Статьи 88 и 90 п. 4 Закона 12.529 оговаривают, что соглашения о совместных предприятиях и договорах о кооперации (совместной деятельности) необходимо регистрировать. Однако отсутствие дальнейших указаний о значении «совместных предприятий» и «ассоциативного договора» породило много дискуссий среди практиков о сущности такого типа контракта.

Этими же законами установлено, что эксклюзивные соглашения о передаче технологии или лицензировании должны подлежать регистрации, точно так же, как и соглашения, содержащие положения об ограничениях конкуренции или положения о создании некоторой степени кооперации или совместной деятельности между сторонами. Тем не менее, CADE по-прежнему особенно выделяет регистрацию «чистых» лицензий или передачи технологий (то есть соглашений, которые не создают кооперацию между сторонами для совместной деятельности, и не содержат некоторых положений о неконкурентности или эксклюзивности).

Передача технологий и лицензионные соглашения, как правило, считаются проконкурентным действием, но некоторые положения могут вызвать проблемы и требуют использования некоторых защитных средств. В целом, эксклюзивные положения, положения о неконкурентности или положения, обеспечивающие лицензиару какой-либо контроль над активами или продуктами лицензиата в качестве условий лицензионного соглашения могут породить антимонопольные проблемы в зависимости от целевых рынков и условия положений [Mara, 2009].

Передача технологий и лицензионные соглашения подлежат контролю также в соответствии со статьей 36 Закона 12.529. Лицензии, предоставленные конкурентам, (горизонтальные соглашения) или кросс-лицензирование могут быть проблемными, если сопровождаются ценовыми ограничениями для клиентов или определенными ограничениями на вход на рынок. Вертикальные ограничения в лицензиях для вертикально связанных компаний также могут привести к антимонопольной ответственности. Потенциально

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1.
проблемные вертикальные ограничения включают в себя: связанные продажи, исключительные лицензии, поддержание цен перепродажи, территориальные ограничения.

Закон 12.529 устанавливает два различных типа контроля: структурный и поведенческий; в отношении лицензирования применим *структурный* контроль, который охватывает предварительное рассмотрение сделок, которые могут привести к какой-либо степени экономической концентрации, в том числе контроль слияний и поглощений, приобретений материальных и нематериальных активов, создание совместных предприятий и ассоциативных договоров. Такого рода сделки рассматриваются в двух случаях: если группа компаний обладает оборотом в Бразилии, превышающим 750 млн. реалов (примерно 350 млн. долл.), во втором случае – если группа компаний обладает оборотом в Бразилии свыше 75 млн. реалов (примерно 35 млн. долл.). Такие сделки не могут состояться до тех пор, пока не получат официальное одобрение. Этот тип контроля в целом эквивалентен антимонопольному контролю сделок экономической концентрации в других юрисдикциях, а в Бразилии он называется «структурным контролем», потому что он охватывает более широкий спектр операций.

4.3. Запреты в сфере использования прав на РИД

4.3.1. Индия

В Индии соглашения, которые фиксируют цены продаж или разделяют рынок территориально, могут рассматриваться в качестве *per se illegal*, иные подлежат рассмотрению в соответствии с правилом взвешенного подхода. На законодательном уровне имеются лишь рекомендации о том, на какие из пунктов договоров по ИС следует обратить внимание, так как они могут оказаться вредоносными для конкурентной среды.

4.3.2. Китай

В китайском законодательстве запреты *per se* в чистом виде не адресованы. Тем не менее, на основе антимонопольного закона и на основе Положений, можно заключить, что *per se illegal* признаются условия договоров, ограничивающие действия партнера в отношении соглашений касательно импорта технологий в Китай или в случае, когда владелец РИД обладает доминирующим положением на рынке. Иными случаем *per se illegal* можно признать поддержание розничных цен, однако, упоминания об этом в чистом виде (в антимонопольном законе сказано о запрете на контроль цен) тоже не зафиксированы.

В то же время, в соответствии с антимонопольным законом Китая, существует прямой запрет на заключение соглашений, которые способны негативно отразиться на конкуренции. В частности, участники рынка не могут вступать в следующие соглашения: соглашения по *контролю цен*, а также отпускных цен, скидок, рентабельности, условий платежей, времени изменения цен и т.д.; по *разделу рынка* по территориальному принципу или по группам потребителей, товаров и услуг; по *препятствованию* появлению на рынке других участников; *предоставление* товаров и услуг *исключительно* в адрес ограниченного числа потребительских групп.

Также запрещены соглашения по контролю цен на последующую реализацию (*agreement implying bidding resale prices*), минимальных цен или запрет на перепродажу. Не указаны запреты в чистом виде на лицензионные соглашения, если последние не противоречат антимонопольному законодательству.

В Положениях говорится о запрете «доминирующему» владельцу прав на РИД на отказ без объективных оснований в выдаче лицензий на РИД в случае, если рассматриваемый объект РИД является необходимым для компаний, с целью обеспечения конкуренции на рассматриваемом рынке, и в выдаче «эксклюзивной лицензии» без объективных на то оснований.

В отношении участников патентного пула, в ст. 12 и в ст. 13 Положений, запрещен обмен информацией, необходимой для обеспечения конкуренции, относительно объемов выпуска, раздела рынка и т.д.; в случае обладания доминирующим положением, участникам пула запрещено устанавливать запреты и ограничения на независимое лицензирование вне пула, ограничение на участие в разработке конкурентоспособных технологий индивидуально или при участии третьих лиц; принуждать лицензиатов к исключительному обращению к патентному пулу в результате улучшения или создания новых технологий (« ... *shall not force its licensees to exclusively grant back their improvements or technologies to the patent pool or its members*»); запрещать оспаривание действительности патента в пуле; действовать дискриминационно в отношении участников пула.

4.3.3 Бразилия

Бразильские законы, на данный момент времени, не признают запреты *per se*. Анализ договоров строится на исследовании тех положений, которые могут быть ограничительными, и бразильские органы оценивают такие положения в соответствии с *правилом взвешенного подхода*. К этому относится второй тип контроля, оговариваемый в ст. 36 Закона 12.529. - *поведенческий контроль*: документы (в том числе горизонтальные и вертикальные соглашения или односторонние практики), которые имеют намерения или возможности (а) по ограничению или нанесению вреда свободной конкуренции; (б) по доминированию на соответствующем рынке; (в) по произвольному увеличению прибыли; или (г) по злоупотреблению доминирующим положением, будут считаться незаконными.

В то же время, на основе судебной практики, к злоупотреблению доминирующим положением (и, следовательно, запрету такой практики) могут быть приравнены следующие действия:

- ограничение доступа на рынок новых компаний;
- преднамеренное затруднение ведения дел для конкурирующих фирм;
- установление цен перепродажи и расценок на обслуживание;
- эксклюзивные лицензии;
- дискриминация среди потребителей или поставщиков;
- привязка продаж различных товаров;

- отказ от сделки: не допускается отказ в доступе к основным мощностям (при условии, что доступ к этому объекту необходим для привлечения клиентов; и дублирование или воспроизводство этого ресурса невозможно или разумно невозможно), что приравнивается к отказу от сделки [Pereira, Ferreira da Rosa, 2014].

Во всех трех странах законодательно не закреплено применение прямых запретов (*per se illegal*), однако, анализируя законодательную базу, можно выделить ряд практик, априори неразрешенных законами. Тем не менее, Бразилия несколько отличается от Китая и Индии, по причине использования в стране структурного и поведенческого контроля, направленных на применение в отношении лицензирования и запретов соответственно.

4. Выводы и возможные рекомендации

Нормы антимонопольной политики являются одним из существенных элементов институциональной среды в сфере ИС, тем более что они, очевидно, тесно связаны и с возможностями защиты интеллектуальных прав.

Признание важности этого институционального компонента подтверждается широким распространением специальных норм применения антимонопольной политики в сфере обращения РИД, оформленных в виде рекомендаций или правил. Такие правила встречаются и в ведущих развитых странах (США, ЕС, Япония), и в развивающихся (Индия, Китай), которые пришли к этому относительно недавно. Хотя разработка и применение этих особенных правил связаны с издержками для регулятора, такой путь – путь учета особенностей сферы обращения РИД – очевидно, считается более эффективным. Особняком в этом отношении стоит Бразилия, которая в целом не применяет специальные нормы антимонопольной политики в сфере обращения РИД, но заметим, что по доле высокотехнологичной продукции в экспорте Бразилия существенно уступает развитым странам и Китаю, а России и Индии Бразилия в последние годы заметно проигрывает по динамике этого сектора.

Практика применения норм к отношениям по поводу прав на РИД характеризуется большим разнообразием в странах со значительным опытом противодействия монополистической деятельности, то есть в развитых странах. Вместе с тем развитые юрисдикции выработали общие ориентиры в правоприменении, которые, сохраняя правовую неопределенность для участников хозяйственного оборота, тем не менее позволяют повысить общественное благосостояние. Причем, типология коммерческих практик, направленных на ограничение конкуренции, похожа в ЕС и США.

Государства в развивающихся странах активно применяют к собственным экономикам подходы развитых стран, так что и для них состав нарушений антимонопольного законодательства в сфере обращения РИД и в целом методика применения антимонопольного законодательства адаптируются к стандартам развитых стран, хотя и не повторяют их.

Развивающиеся и развитые страны в общем приняли стандарты ТРИПС как фундамент международной защиты прав ИС, пусть даже эта защита не всегда воспринимается как благо для развивающихся стран, теряющих в этих условиях возможность свободного распространения РИД зарубежных правообладателей. Но стимулирующий эффект сильной защиты прав на РИД, в том числе за счет возможного извлечения высокой прибыли от своей инновации, оказывается все же более важным для властей, а одним из вариантов преодоления негативных эффектов становится распространенное в развивающихся странах, похожим образом формулируемое и используемое в исключительных случаях принудительное лицензирование, актуальное, в частности, для фармацевтической отрасли. Эта мера существует и в развитых странах, однако ее применение там сопряжено со значительными правовыми трудностями и основано на серьезной необходимости защиты интересов потребителей.

Хотя ни в одной из рассматриваемых стран нет специального антимонопольного режима для РИД, в антимонопольных законодательствах регулярно встречаются специальные оговорки о сфере обращения РИД: от подробно описанных блоковых (групповых) исключений в европейском антимонопольном законодательстве до более общих формулировок в Китае и Индии, фиксирующих благоприятные условия для деятельности, связанной с реализацией прав на РИД. Все эти оговорки и исключения подробнее рассматриваются именно в специализированных национальных руководствах по применению антитраста к сфере РИД.

Нельзя говорить о том, что антимонопольные запреты смягчены в отношении РИД. Есть целый ряд практик, таких как назначение цены перепродажи или тем более раздел рынка в рамках антиконкурентного соглашения, которые в большинстве юрисдикций преследуются *per se*, в том числе и в рассматриваемой сфере. Отношение к другим подозрительным практикам – например, к потенциально антиконкурентным эксклюзивным лицензионным соглашениям – связано при этом с тем, какие позиции друг относительно друга занимают компании, являются ли они конкурентами (хотя бы номинально) или нет.

В то же время обладание правами на РИД необязательно связано с рыночной властью, хотя такая идея может возникать вследствие уникальности РИД. В ряде стран (США, Китай, Япония) национальное законодательство прямо указывает на презумпцию отсутствия рыночной власти обладателя прав на РИД, но наряду с этим предполагается, например, в ЕС, что интеллектуальные права в какой-то ситуации могут стать фактором доминирования.

Кроме того, для сделок, связанных с лицензированием прав на РИД, часто предусматривается специальная «безопасная гавань» с точки зрения антимонопольных запретов при условии небольшой рыночной доли (как правило, речь идет о рыночной доле в 20%).

Нельзя также говорить о каких-либо более узких льготах или, наоборот, ужесточении требований, касающихся тех или иных отраслей или видов ИС. Единственным исключением, пожалуй, является фармацевтика: она рассматривается особняком в различных аспектах, скорее всего из-за того, что в этой сфере есть особые проблемы: от жизненной необходимости обеспечения лекарствами населения, что становится сильным доводом в пользу

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1.
принудительного лицензирования, до, например, соглашений об обратном платеже, которые действуют в основном в рамках этой отрасли.

В целом в отношении разбирательств в сфере обращения РИД в развитых и развивающихся странах распространено применение взвешенного подхода (на базе имеющихся национальных рекомендаций по применению антитраста к ИС), с учетом того, что в этой сфере могут быть существенные эффекты в отношении инновационной активности, в том числе в сфере развития собственных технологий.

Список литературы

Шаститко А.Е. Правило взвешенного подхода в контексте административной реформы и дерегулирования экономики. – М.: ТЕИС, 2005. – 42 с.

Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947);

Anti-monopoly Law of the People's Republic of China, 2008;

Arezzo E. Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared, 24 J. Marshall J. Computer & Info. L. 455 (2006) Volume 24 Issue 3 Journal of Computer & Information Law. Spring 2006;

Delbaum J. IP & Antitrust. United States. The Global Competitiveness Report. First published on Wednesday, 28 May 2014;

Dubey R. Indian Competition Act: An Overview. Mondaq. Last Updated: 27 July 2005;

EU commission press release, 6 may 2013: «Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Motorola Mobility on potential misuse of mobile phone standard-essential patents» [Электронный ресурс], Ссылка доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-406_en.htm

Guidelines Concerning Administrative Guidance under the Antimonopoly Act (1994);

Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements;

Hiroko Y. Competition Analyses of Licensing Agreements: Considerations for Developing Countries under TRIPS // International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), June 2014;

Huang M. Grounds for Compulsory Patent Licensing in United States, Canada, China, and India. 29 July, 2014. Featured, Access to Knowledge, Pervasive Technologies;

Intellectual Property Rights Under The Competition Act, 2002 (India);

Kerckhove M. V. Intellectual Property & Antitrust, European Union. 2008;

Kurita M. Outline of Competition Law and Policy // Chiba University Law School, The Program on Competition Law Enforcement for Asian Countries, April 19, 2005

LAW N° 12.529 of November 30, 2011 (Brazil);

Mara K. WTO Review Finds Brazil Progressing On Trade Policy, IP Rights Protection. Intellectual Property Watch 11/03/2009 ;

Patent Law of The People's Republic of China

Pereira A.A., Ferreira da Rosa J. IP & Antitrust Brazil. Law Business Research Ltd. First published on Friday, 20 June 2014;

Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. Том 7. Выпуск 1.

Provisions on the Prohibition of the Abuse of Intellectual Property Rights to Exclude or Restrict Competition. Kangxin.

Sehgal CK. TRIPS Agreement and Compulsory Licensing. 2013;

Smith Ch. Compulsory Licensing Developments in BRIC States Following Natco v Bayer, 2013;

TRIPS Agreement.

FOREIGN EXPERIENCE OF ANTITRUST RESTRICTIONS IN THE INTELLECTUAL ACTIVITY RESULTS SPHERE

Anastasia Morosanova

Junior research fellow

MSU

Faculty of Economics,

Research fellow, Russian Presidential

Academy of National Economy and Public Administration

(Moscow, Russia)

Tatiana Radchenko

Ph.D. in Economics

Research fellow

MSU

Faculty of Economics

(Moscow, Russia)

Adelya Fatikhova

master's student

MSU

Faculty of Economics

(Moscow, Russia)

Abstract

Intellectual property rights are monopolistic by its nature: developers are encouraged to innovate by the ability to extract monopoly rents. In this regard, the positive balance maintenance between the intellectual property rights protection and preventive measures of anti-competitive acts and agreements is an important goal of economic policy. The article presents the comparative analysis of the antitrust laws application in the sphere of results of intellectual activities (RIA) in developed and developing countries. It is shown that there are special rules applying antitrust policy in the field of RIA (in the form of recommendations or regulations) in all countries excluding Brazil. Also absolute antitrust immunities or RIA special modes do not exist, but there are some reservations: from well-described block (group)

exemptions in European competition law to the favorable framework conditions in China and India. Compulsory licenses cases are really rare and can be found only in socially essential field (pharmaceuticals) in developing countries. US, China and Japan legislative rules have the presumption of market power absence of the intellectual property rights holder.

Key words: intellectual property, intellectual property protection, antimonopoly regulation.

JEL codes: K21, O340, O 400