

# **ВОЗМОЖНОСТИ И РИСКИ РЕФОРМИРОВАНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ОТНОШЕНИЙ ПО ПОВОДУ ПРАВ НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

**Шаститко Андрей Евгеньевич<sup>1</sup>**

*д. э. н., профессор,  
заведующий кафедрой конкурентной и промышленной политики  
МГУ имени М. В. Ломоносова  
Экономический факультет;  
директор Центра исследований конкуренции и экономического  
регулирувания  
Российская академия народного хозяйства  
и государственной службы  
(г. Москва, Россия)*

**Курдин Александр Александрович<sup>2</sup>**

*к. э. н., научный сотрудник  
МГУ имени М. В. Ломоносова  
Экономический факультет;  
старший научный сотрудник  
Центр исследований конкуренции и экономического регулирувания  
Российская академия народного хозяйства  
и государственной службы  
(г. Москва, Россия)*

## **Аннотация**

*Статья посвящена перспективам реформирования российской антимонопольной политики в отношении результатов интеллектуальной деятельности (РИД). В работе критически проанализированы основные позиции ведущейся по этому поводу дискуссии. На базе анализа судебной практики спрогнозированы возможные последствия отмены антимонопольных иммунитетов для*

---

<sup>1</sup> Шаститко А. Е.: aes99@yandex.ru

<sup>2</sup> Курдин А. А.: aakurdin@gmail.com

*РИД. Авторы предлагают набор принципов и мероприятий для совершенствования антимонопольной политики в этой сфере.*

**Ключевые слова:** антимонопольная политика, интеллектуальная собственность.

**JEL коды:** L40, O34.

## 1. Введение

Одним из наиболее обсуждаемых вопросов реформирования российского антимонопольного законодательства в последние годы является разработка подходов к защите конкуренции в сфере обращения результатов интеллектуальной деятельности (РИД). Актуальность этого направления вполне обоснована необходимостью обеспечить наиболее благоприятный правовой режим для инновационной деятельности. Но в отношении предлагаемых альтернатив существуют серьезные разногласия.

В настоящее время в России существуют иммунитеты в отношении осуществления прав на РИД по ключевым статьям антимонопольного законодательства. Указанные иммунитеты подвергаются критике со стороны ФАС России, поскольку они сужают сферу применения инструментов антимонопольной политики и могут быть использованы, в том числе, для ограничения доступа к РИД. Вместе с тем изъятие этих исключений из закона может создать не менее серьезные препятствия для экономической деятельности в сфере отношений по поводу прав на РИД (включая создание самих РИД), если применение антимонопольного законодательства к отношениям по поводу прав на РИД повышает уровень неопределенности с учетом недостатка информации у участников рынка о том, как будут интерпретированы их права, их положение и поведение в этой специфической для антимонопольной политики сфере.

Целью этой статьи является разработка принципов вероятного консенсуса в отношении развития антимонопольной политики в сфере отношений, связанных с РИД. Второй параграф статьи посвящен введению в российскую дискуссию по этому вопросу. В третьем параграфе кратко проанализированы теоретические и прикладные результаты исследований, составляющих базу для применения инструментов антимонопольной политики в сфере отношений по поводу прав на РИД. В четвертом параграфе на базе российской судебной практики исследована ситуация с применением антимонопольных иммунитетов для РИД в России и возможные последствия отмены иммунитетов. В пятом, заключительном параграфе представлены основные подходы, которые авторы считают обоснованными ориентирами для развития конкурентной политики в сфере использования и обращения прав на РИД.

## **2. Попытки реформирования российского антимонопольного законодательства в сфере отношений по поводу РИД**

В центре российской дискуссии об антимонопольной политике в сфере отношений по поводу прав на РИД (далее также – в сфере РИД) стоят перспективы изменения антимонопольного законодательства в части иммунитетов для РИД. В данном случае изъятие нескольких строчек из закона может существенно поменять ситуацию для ряда предприятий, в том числе высокотехнологичных, хотя значение этих последствий не следует абсолютизировать.

Федеральный закон от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ «О защите конкуренции» по состоянию на сентябрь 2015 г. содержит два исключения для сферы обращения прав на РИД: часть 4 статьи 10 предполагает неприменение концепции злоупотребления доминирующим положением к действиям по осуществлению исключительных прав на РИД и приравненные к ним средства индивидуализации. Часть 9 статьи 11 предполагает неприменение концепции ограничивающих конкуренцию соглашений к соглашениям о предоставлении и (или) об отчуждении права использования РИД и средств индивидуализации.

В рамках подготовки «четвертого антимонопольного пакета» рассматривалась возможность отказа от этих исключений, в том числе с проведением более четкого разграничения между товарами, рынки которых являются объектом антимонопольной политики, и непосредственно правами на РИД, обращение которых могло бы быть выведено из сферы регулирования антимонопольного законодательства. Это позволило бы расширить юрисдикцию антимонопольного органа на часть тех рынков, которые на сегодняшний день можно (хотя, как показывает опыт правоприменения, не всегда) подвести под одно из действующих исключений благодаря довольно общим законодательным формулировкам.

Впоследствии изменения, касающиеся политики в сфере обращения прав на РИД, были выведены из состава «четвертого антимонопольного пакета», однако руководство ФАС России весной 2015 года вновь выступило с предложениями по этому направлению антимонопольной политики, в соответствии с которыми надлежит отменить содержащиеся в антимонопольном законодательстве иммунитеты.

Указанные изменения не дают однозначного понимания того, как можно будет интерпретировать новое законодательство с учетом возможного издания дополнительных нормативно-правовых актов, и тем более того, каким будет правоприменение. Тем не менее с учетом имеющихся теоретических разработок и российской практики правоприменения можно сделать предварительные оценки последствий отмены антимонопольных иммунитетов.

С точки зрения теоретических исследований, даже в отношении развитых стран отсутствуют однозначные рецепты о применении антимонопольной политики в сфере обращения РИД. Фундаментальная проблема состоит в целеполагании государственной антимонопольной политики в рассматриваемой сфере и даже целесообразности ее проведения как таковой.

Хотя антимонопольные исключения в отношении прав на РИД на данный момент сохраняются в составе статей 10 и 11 закона «О защите конкуренции» и, вероятно, останутся в силе и после принятия «четвертого антимонопольного пакета», ФАС России продолжает активно продвигать инициативу по распространению антимонопольных запретов на эту сферу. Вопрос о целесообразности этой инициативы остается на повестке дня Правительства России и требует решения. Вне всякого сомнения, выбор одного из вариантов законодательства и правоприменения может оказать серьезное влияние на деятельность многих экономических агентов, в первую очередь работающих в высокотехнологичных отраслях. Причем речь идет не только о крупных транснациональных компаниях, ведущих бизнес в России и являющихся обладателями прав на РИД, но и о российских компаниях, которые уже создали или создают РИД и осуществляют их коммерциализацию. Каким бы ни было это решение, важнейшим требованием, которому оно должно удовлетворять, является обеспечение устойчивости, поступательности и преемственности в части изменения норм и связанных с ними изменений практики их применения. Последнее – результат содержательного компромисса, который концентрирует усилия оппонированных друг другу сторон не на противодействии, а на совместном решении согласованной повестки дня.

В числе аргументов, которые обычно приводятся в обоснование необходимости устранения иммунитетов для прав на РИД, можно отметить: (1) апелляцию к «лучшим практикам», (2) анализ отдельно взятых резонансных кейсов.

*Апелляция к «лучшим практикам».* В обсуждении практических вопросов совершенствования российского законодательства один из самых распространенных приемов – предложение о применении норм, хорошо себя зарекомендовавших в других странах (юрисдикциях). В этой связи неслучайно упоминание о том, что ни в США, ни в ЕС – наиболее авторитетных юрисдикциях с развитым конкурентным правом – не существует подобных исключений (за исключением частичных изъятий в части ТТВЕР<sup>3</sup> в ЕС). И это действительно так. Более того, предполагается, что сами по себе права на РИД могут формировать рынки, подобные тем, которые существуют для обычных товаров. Соответственно, и права на этих рынках могут быть использованы не только для конкурентной борьбы, но и как инструмент ее ограничения, включая конкуренцию на связанных рынках. Однако прежде чем переходить к другому типу аргументов, необходимо отметить, что те же лучшие практики демонстрируют значительные и системные отличия в правоприменении по сравнению с товарными рынками, где вопросы, связанные с правами на РИД и их использованием, в том числе для ограничения конкуренции, не возникают. Кроме того, даже одни и те же формы коммерческой практики для отдельных отраслей по-разному отражались в решениях регуляторов. Примером являются патентные пулы, которые в одних случаях поощряются, а в других – если и не запрещаются, то существенно ограничиваются, причем в рамках одной и той же отрасли (Moser, 2013).

*Анализ ситуаций.* Другая линия аргументов выстраивается от конкретных примеров с акцентом на проблемы, которые возникают в связи с доступом к правам на РИД, необходимым для производства социально значимых товаров, таких, например, как медицинские препараты (доступ к патентам) и семенной материал (доступ к правам на селекционные достижения).

---

<sup>3</sup> Technology Transfer Block Exemption Regulation (ТТВЕР) – групповые исключения для соглашений о трансфере технологий.

Действительно, в рамках логики анализа отдельно взятой ситуации трудно возразить тем, кто считает, что обеспечение более широкого доступа, например, к формуле молекулы, на основе которой изготавливается лекарственный препарат, способный сохранить сотни человеческих жизней, является правильным решением. Вряд ли аргумент денег против человеческих жизней устоит в публичной дискуссии. Недавняя история таких стран, как Бразилия, Индия, Таиланд, подтверждает правомерность данного тезиса в отношении лекарственных препаратов (Calvão, 2002; Gostin, 2006; Steinbrook, 2007).

По умолчанию далее предполагается, что у сторон в дискуссии нет различий в системе моральных ценностей, но возможны различия в понимании фактических обстоятельств и контекста рассматриваемых ситуаций. Однако мы должны допустить, что тот, кто требует обеспечения доступа к чужим разработкам, должен на тех же принципах обеспечивать доступ к своим. Возможно ли такое по умолчанию? В сложно организованных системах с обезличенными обменов – вряд ли.

Главный довод, который у сторонников изъятия исключений остается «за скобками»: у экономического агента всегда должны сохраняться материальные стимулы и возможности создания и использования РИД. И, более того, государство должно это гарантировать. Даже в ситуации с лекарствами можно задать очень простые вопросы: (1) за счет чего будут создаваться необходимые уникальные лекарства, если государство по сути будет способствовать экономически неоправданному снижению финансирования наукоемких компаний, (2) на каком основании можно утверждать, что жизни, спасенные в результате получения доступа к одному лекарству, ценнее, чем тем жизни, которые не удалось спасти из-за отсутствия стимулов и ресурсов для своевременной разработки другого препарата?

Мировой опыт, включающий ряд противоречивых прецедентов, законодательных исключений и оговорок, показывает, что односложный ответ на вопрос о том, следует или нет сохранять исключения для прав на РИД в законе «О защите конкуренции», в этом случае невозможен. Тем более, если учесть, что и в самих развитых странах отношение к возможностям ограничения конкуренции с использованием прав на РИД довольно сильно менялись и, как предполагается, изменения были связаны с общим состоянием экономики, а также с пониманием особенностей прав на РИД *в отличие* от «обычных» товаров. Такая односложность подхода предсказуемо приведет как к ошибкам второго, так и к ошибкам первого рода (Шаститко, 2011б). Причем, в последнем случае эффект (в определенных границах) в части действенности сдерживающей функции правовой системы будет даже хуже, чем если бы доминировали ошибки второго рода – ненаказание нарушителей. Именно этот аргумент, полученный в рамках исследований по вопросам экономического анализа права, является одним из ключевых *против* отказа от антимонопольных исключений для прав на РИД по принципу «все или ничего».

### **3. Особенности конкурентной политики в сфере обращения РИД**

Конкурентная политика в сфере отношений по поводу прав на РИД включает активный и защитный компоненты (Авдашева, Шаститко, 2010). Круг инструментов *активной конкурентной политики* довольно разнообразен и включает в себя ряд инструментов, связанных со снижением барьеров входа и поддержкой выбора конкурентных стратегий

действующими участниками рынка. Одним из наиболее распространенных направлений этой политики в контексте сферы РИД являются про-конкурентные меры в сфере защиты прав интеллектуальной собственности, к примеру, принудительное (обязательное) лицензирование – хотя обоснованность их применения в ряде случаев оказывается спорной, особенно если учесть, что далеко не во всех случаях патенты содержат *достаточную* информацию о способах производства того или иного товара (Mann, Plummer, 1991).

Направления *защитной конкурентной* политики хорошо известны специалистам по антимонопольному законодательству. В первую очередь они включают в себя так называемое «жесткое ядро» антитраста, то есть предотвращение/пресечение злоупотребления доминирующим положением, антиконкурентных соглашений, контроль тех сделок экономической концентрации, которые несут в себе угрозу конкуренции. К «жесткому ядру» антитраста примыкает сложный комплекс вопросов противодействия недобросовестной конкуренции.

Несмотря на долгую историю этих защитных мер в рамках применения антимонопольного законодательства, их использование в сфере обращения прав на РИД представляется небесспорным, доказательством чему служит целый ряд исключений из применения вышеперечисленных направлений антимонопольного принуждения для отношений, связанных с использованием и переходом прав на РИД. Такие исключения существуют и в Евросоюзе (частичные изъятия в рамках т. н. групповых исключений для соглашений о трансфере технологий, или ТТВЕР), и в Китае, и в России. Но использование таких исключений также не стало повсеместным правилом: в других юрисдикциях, например в США, оно не предусматривается. Точки приложения этих исключений (классы ситуаций и тем более конкретные обстоятельства и условия применения) также неоднозначны.

Мы считаем важным обозначить также следующую особенность РИД: сложно четко в законе разделить рынки собственно РИД (точнее, прав на РИД) и рынки товаров, производимых с использованием РИД. В состав РИД входят, например, непосредственно программы для ПО в виде авторского кода, или формулы лекарств, рассматриваемые как изобретение, или топологии интегральных микросхем – одним словом, те РИД, которые в российском законодательстве перечисляются в ст. 1225 ГК РФ и обращение которых регулируется системой интеллектуальных прав. Рынки товаров, производимых с интенсивным использованием РИД, включают, например, копии программ на дисках, или лекарства в виде таблеток и микстур, или интегральные микросхемы на платах – одним словом, вещи, которые являются объектами вещных прав, однако их ценность определяется в первую очередь воплощенными в них РИД (Рисунок 1).

Кроме того надо также учитывать, что товаров, которые производятся с использованием РИД, может оказаться значительно больше, чем это кажется на первый взгляд. И применение антимонопольного законодательства на рынке таких товаров оказывает непосредственное влияние на возможность коммерциализации производимых РИД. Есть товары, произведенные с «использованием» РИД (например, различных патентов) – например, цемент, автомобиль и пр., – где используются материалы, являющиеся самостоятельной ценностью (например, песок, нефть, древесина и пр.), а есть товары, которые являются

собственно вещественной (объективной) формой самого РИД, где используемые материалы (пластик, бумага и т.п.) не являются самостоятельной ценностью (книга, диск с ПО и пр.).

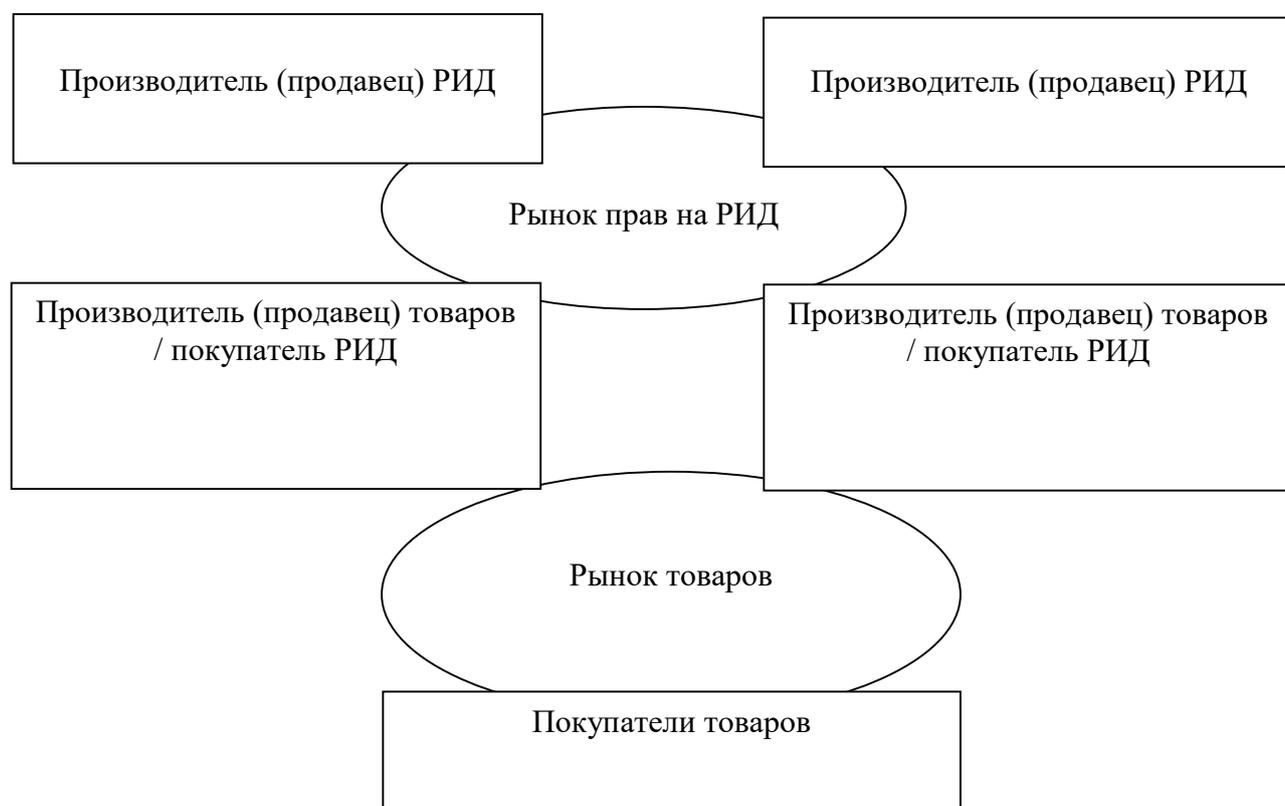


Рисунок 1. Схема рынка прав на РИД и рынка товаров

Особенности обращения прав на РИД и товаров, произведенных с их интенсивным использованием, оказывают большое влияние на формирование стимула к инновациям, то есть разности между прибылью фирмы, если она вкладывает в исследования и разработки, и той прибылью, которую она бы получила в отсутствие вложений (Gilbert, 2006). Поскольку прибыль инноватора превышает, очевидно, нормальный уровень (то есть экономическая прибыль является ненулевой – это необходимое условие, для того чтобы оправдать первоначальные вложения в исследования и разработки), что не соответствует характеристикам совершенной конкуренции, то в этой ситуации исследователи порой говорят о «ренте инноватора». Но если в целом наличие ренты с точки зрения экономической эффективности воспринимается с теоретических позиций обычно негативно, то «рента инноватора» может оказаться действенным (в условиях рыночной экономики – фактически единственным) механизмом для поддержки и развития инновационной активности, которая в свою очередь оказывает сильное влияние на динамическую эффективность экономической системы в долгосрочном периоде и приносит высокие положительные внешние эффекты.

В качестве исходных позиций для обсуждения наиболее эффективных рыночных структур, обеспечивающих сильные стимулы для инновационной активности, часто берут работы Й. Шумпетера (Schumpeter, 1942) как сторонника высокой концентрации в отрасли и К. Эрроу (Arrow, 1962), апеллировавшего к сильным стимулирующим эффектам

конкурентной борьбы. Безусловно, между этими двумя точками зрения можно найти условный компромисс: на рынке должна присутствовать состязательность, но у успешного инноватора должен быть стимул в виде возможности увеличения рыночной власти (Shapiro, 2012).

Из этого можно сделать вывод, что обеспечение конкуренции между предприятиями, являющимися фактическими или потенциальными создателями применимых для нововведений РИД, непременно должно входить в инструментарий поддержки инновационной активности в России и диверсификации ресурсной экономики.

Но механизмы взаимодействия рыночной структуры и инновационной активности неоднозначны. Как отмечает Р. Гилберт, неправильно было бы говорить, что отсутствует модель того, как взаимосвязана рыночная структура с исследованиями и разработками – скорее можно утверждать, что есть множество моделей, и необходимо понимать, какая из моделей к какому рыночному контексту применима (Gilbert, 2006). Отсюда мы делаем вывод, что механизмы антимонопольной политики должны быть достаточно гибкими, особенно с учетом институциональных особенностей рынков и антимонопольного правоприменения развивающихся стран.

Отметим также еще несколько более практических выводов по итогам обобщения теоретических и эмпирических исследований, которые следовало бы учесть при рассмотрении развилок антимонопольной политики по поводу прав на РИД.

Дж. Бейкер, подчеркивая, что антимонопольная политика оказывает сильное положительное влияние на инновационную активность, выделяет четыре позитивных тезиса:

1. Конкуренция между фирмами, разрабатывающими один и тот же продукт или процесс, стимулирует инновации;
2. Конкуренция между фирмами, производящими уже известный товар, заставляет их стремиться к снижению издержек и повышению качества;
3. Фирмы, ожидающие более интенсивной конкуренции на товарном рынке после внедрения инновации, имеют меньше стимулов к вложениям в исследования и разработки;
4. У фирмы появляется дополнительный стимул к инновациям, если эти инновации могут предотвратить вложения конкурирующих фирм в их собственные исследования и разработки (Baker, 2007).

Р. Гилберт в свою очередь выделяет два вывода из обобщения предшествующих эмпирических исследований:

1. Осуществление процессных инноваций выгодно крупным фирмам, поскольку выгоды от этих инноваций зависят от масштаба производства;
2. Осуществление продуктовых инноваций в большей степени поддерживается активной конкуренцией на рынках (Gilbert, 2006).

Рассматривая эти тезисы в применении к российской ситуации, следует вновь вспомнить о разграничении рынков РИД и рынков товаров, произведенных с их интенсивным использованием.

Рынки товаров на данный момент подлежат антимонопольным запретам в обычном режиме, хотя в некоторых случаях компании пытаются оспорить этот подход. Соответственно, это позволяет антимонопольным органам действовать в духе первого и второго тезисов Бейкера, а также второго тезиса Гилберта посредством защиты и развития конкуренции на товарных рынках *и в рамках действующего законодательства*. Конкуренция на рынке товаров автоматически проецируется вверх по цепочке создания стоимости, то есть конкуренты на рынке товаров будут автоматически конкурировать и на рынке РИД, либо производя их самостоятельно в пределах вертикально интегрированных структур, либо формируя спрос на производство РИД сторонними фирмами.

Если следовать второму тезису Гилберта, конкурентные стимулы особенно эффективны для осуществления продуктовых инноваций. Результатом продуктовых инноваций является новый продукт, который, скорее всего, может сам обращаться на рынке товаров. Следовательно, антимонопольная политика на рынке товаров, уже реализованная в рамках российского антимонопольного законодательства и правоприменения (как показывает практика), может обеспечивать конкурентные стимулы для продуктовых инноваций.

Но в ряде случаев обращение этого нового продукта связано с переходом не только вещных, но и каких-либо интеллектуальных прав. К примеру, такая ситуация может возникать на современных рынках программного обеспечения. В этой ситуации границы между рынком РИД и рынком товаров становятся менее четкими, и обеспечение конкурентных стимулов для продуктовых инноваций может потребовать элементов антимонопольной политики и на рынках РИД, что означает изменение существующих исключений из российского антимонопольного законодательства.

Процессные инновации не связаны с созданием самостоятельного продукта, и их реализация может потребовать дополнительных мер антимонопольной политики именно на рынках РИД по сравнению с действующим российским законодательством. Но, как отмечает Гилберт в контексте первого тезиса, процессные инновации используются скорее внутри фирмы (экономической фирмы), и они выгодны крупным фирмам. Это означает, что стимулирование процессных инноваций за счет специальных мер антимонопольной политики, которые негативно скажутся на рыночной власти крупных фирм, связано с существенными рисками для инновационной активности. Кроме того, поскольку процессные инновации привязаны к конкретным производственным процессам, это может означать более высокую степень специфичности активов для связанных с ними транзакций, что в соответствии с теорией транзакционных издержек нобелевского лауреата О. Уильямсона (Williamson, 1991) может привести к переводу этих транзакций в рамки вертикально интегрированной структуры. Тем более вероятным это становится, если возрастают риски воздействия со стороны антимонопольного органа. При этом собственно рынок РИД может исчезнуть или сжаться, будучи полностью или частично замененным вертикально интегрированной структурой, производители РИД и производители товаров/потребители РИД станут

участниками интегрированного предприятия, и возможности для вмешательства антимонопольных органов либо исчезнут, либо будут значительно ограничены.

Наконец, следуя третьему и четвертому тезисам Бейкера, необходимо отдавать отчет, что поддержка конкуренции на рынках товаров не должна приводить к невозможности для правообладателя воспользоваться преимуществом своего положения в случае успеха его исследований и разработок.

Далее приводится краткий список аргументов «за» и «против» применения антимонопольных запретов в сфере отношений по поводу РИД (Таблица 1).

В странах с развивающейся рыночной экономикой плюсы и минусы применения антимонопольных запретов могут быть дополнены исходя из следующих позиций.

## Положительные и отрицательные эффекты применения антимонопольного законодательства в сфере отношений по поводу РИД

	Положительное влияние	Отрицательное влияние
Применение антимонопольного законодательства на рынке прав на РИД, включая ввод товара в гражданский оборот <sup>4</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– обеспечение доступа к РИД на недискриминационных условиях и с низкими издержками максимально широкому кругу покупателей (производителей товаров), получающих возможность внедрения соответствующих инноваций в производственную деятельность;</li> <li>– эффективный конкурентный отбор лучших РИД<sup>5</sup>;</li> <li>– защита прав производителей товаров, нуждающихся в доступе к РИД, от проблемы вымогательства (hold-up problem).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– снижение стимулов производителей РИД к инвестициям в разработку РИД вследствие отсутствия/недостаточности «ренты инноватора» и недостижимости монопольных преимуществ, обоснованных инновацией;</li> <li>– угроза оппортунистического поведения покупателей РИД (симметричная проблема вымогательства);</li> <li>– переключение на более дорогие методы защиты прав на РИД со стороны всех участников, вовлеченных в сферу обращения РИД, в том числе препятствующих распространению знаний (секреты производства).</li> </ul>
Применение антимонопольного законодательства на рынке товара, произведенного с использованием РИД, но за исключением ввода товара в оборот	<ul style="list-style-type: none"> <li>– эффективный конкурентный отбор лучших РИД за счет конкуренции товаров, производимых с их интенсивным использованием;</li> <li>– расширение рынка товаров, производимых с использованием РИД, обуславливающее рост производного спроса на РИД.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– снижение стимулов покупателей РИД к инвестициям в разработку РИД, то есть в инновационную деятельность, вследствие отсутствия монопольной прибыли, которая могла бы быть получена при отсутствии/ограничении конкуренции на рынке товара производимого с интенсивным использованием РИД данного типа;</li> <li>– ослабление потока нововведений, основанных на РИД.</li> </ul>

<sup>4</sup> Первичное введение товара, произведенного с использованием РИД, защищенных соответствующими правами, тесно связано с целым комплексом вопросов, включая концепцию гражданского оборота, исчерпания исключительных прав и т.п. и не входит в задачу данной статьи.

<sup>5</sup> Применение антимонопольного законодательства позволит снизить вероятность злоупотребления рыночной властью со стороны производителей РИД для сохранения их позиций на рынке в том случае, когда на рынке появляется или может появиться новый РИД, обладающий более высоким качеством (или более низкой ценой) и способный стать заменителем использовавшегося ранее РИД (например, новая компьютерная программа или модель оборудования). Следовательно, производители РИД будут вынуждены постоянно поддерживать высокую конкурентоспособность своей продукции, в противном случае они будут вытеснены с рынка.

Во-первых, вопрос о соотношении защиты прав на РИД и потенциального вреда для конкуренции от злоупотреблений ими в каждом случае требует экспертной оценки, предполагающей наличия знаний для проведения экономико-правового анализа. И антимонопольные органы, и суды в этих странах зачастую не имеют большого опыта разбирательств в отношении сферы РИД. Это обусловлено даже не столько относительно недолгим сроком их деятельности, сколько ограниченными масштабами и невысокой интенсивностью развития сектора исследований и разработок и/или недостаточно развитой системой государственного регулирования этого сектора, в том числе порядка защиты прав интеллектуальной собственности. В такой ситуации значительно повышается риск ошибок I и II рода в случае применения антимонопольных запретов. В то же время при введении иммунитетов отсутствуют шансы формирования такого опыта, пусть и «на своих ошибках».

Во-вторых, структура национальной экономики в развивающихся странах зачастую сдвинута в пользу сельскохозяйственного сектора, добывающей промышленности либо обрабатывающей промышленности с низкой добавленной стоимостью. Эта ситуация требует дополнительного вмешательства государства, направленного на поддержку высокотехнологичных секторов. Но традиционная промышленная политика, осуществляемая путем субсидирования отдельных предприятий, зарекомендовала себя не лучшим образом. Одним из вариантов решения данной проблемы становится поддержка специальных условий для предприятий высокотехнологичного сектора, в том числе для привлечения иностранных компаний и/или прямых иностранных инвестиций. Одним из инструментов мог бы стать «льготный» антимонопольный режим для предприятий, занимающихся исследованиями и разработками, гарантирующий им отсутствие претензий со стороны антимонопольных органов. Однако такой режим может ограничить возможности отечественных предприятий по диффузии инноваций и доступ к РИД, правами на которые обладают зарубежные компании.

В-третьих, развивающиеся экономики во многих случаях характеризуются относительно высоким уровнем неопределенности и не самым благоприятным инвестиционным климатом. В частности, если в развитых странах угроза оппортунистического поведения партнера – злоупотребления доминирующим положением – при высокой специфичности РИД в условиях слабой антимонопольной политики может стать фактором вертикальной интеграции, даже если бы «при прочих равных» она бы не была оправданной, то есть являлась бы субоптимальным вариантом организации сотрудничества производителей и покупателей РИД, то в развивающихся странах транзакционные издержки, связанные с неопределенностью, уже и так довольно высоки, что, следуя эвристическим моделям Оливера Уильямсона (Williamson, 1996; Шаститко, 2010, с. 501-516), должно само по себе приводить к вертикальной интеграции при высокой специфичности РИД. Следовательно, в случае развивающихся стран неблагоприятные последствия для организации бизнеса от ограничения применения антимонопольных запретов могут быть ниже, чем для развитых.

В-четвертых, при построении прогноза последствий устранения антимонопольных иммунитетов важно обратить внимание на складывающуюся практику применения антимонопольного законодательства в целом и отдельных норм в особенности. В частности, речь идет о количестве антимонопольных дел и особенностях применения нормы о коллективном доминировании (часть 3 статьи 5 закона «О защите конкуренции»). Количество

дел, рассматриваемых ежегодно российским антимонопольным органом только по статьям 10 и 11 закона «О защите конкуренции», исчисляется тысячами. Безусловно, подавляющее большинство этих дел являются достаточно простыми и не требуют детального анализа. Более того, многие из них вообще могли бы не рассматриваться, если бы не необходимость защиты слабой стороны в договорных отношениях («проблема дачника»). Однако это не дает основания считать, что соблюдение стандартов доказательства и связанное с ним качество принимаемых антимонопольным органом решений, требования к которым для отношений по поводу РИД являются еще более высокими, могут и должны оцениваться как норма, не требующая значительных улучшений. Эти риски следует не только оценить, но и решить, как ими управлять в потоке жалоб от участников рынка как оснований для проверок и последующего возбуждения дел. Фактически это означает, что повседневная работа антимонопольного органа по совершенствованию правоприменения одновременно должна рассматриваться и как комплекс подготовительных мероприятий для перехода к новому режиму применения антимонопольных запретов. Какова степень готовности – вопрос открытый. В свою очередь количество примеров применения нормы о коллективном доминировании не так велико, но они могут быть не менее болезненны, так как сложившаяся практика допускает привлечение к ответственности компании, занимающей в составе коллективно доминирующих субъектов незначительную долю (в пределах – не менее 8%), но злоупотребляющей им индивидуально<sup>6</sup>. Наконец, в связи с дополнительными рисками правообладателей, использующих в хозяйственном обороте права на РИД, следует учесть практику, согласно которой антимонопольный орган на стадии рассмотрения дела не только может применить тактику «позднего формулирования предмета обвинения», но и использовать часть аргументов и данных, полученных от компании, против нее самой (Авдашева, Шаститко, 2015). Безусловно, указанная особенность антимонопольного процесса не является непреодолимым препятствием и может быть сравнительно безболезненно скорректирована с учетом накопленного зарубежного опыта (например, в ЕС). В настоящее время данный вопрос предлагается урегулировать в рамках «четвертого антимонопольного пакета» введением стадии подготовки и обсуждения проекта решения антимонопольного органа в целях расширения возможностей компаний защищать свои законные права.

#### **4. Использование антимонопольных иммунитетов для РИД в России и потенциальные последствия их отмены**

Для анализа фактической роли антимонопольных иммунитетов для РИД в рамках современного правоприменения и возможных последствий их отмены авторы этой работы рассмотрели ряд судебных дел из антимонопольной сферы<sup>7</sup>, содержащих отсылки к указанным исключениям. Безусловно, этого недостаточно для оценки эффектов отмены иммунитетов, просто потому, что в этом случае могут возникнуть совершенно новые классы антимонопольных разбирательств. Но и ряд дел последнего времени мог быть рассмотрен иначе при отсутствии исключений для РИД.

---

<sup>6</sup> Подробнее о применении нормы о коллективном доминировании в России см. (Шаститко, 2011а).

<sup>7</sup> Рассматривались судебные решения из базы решений арбитражных судов arbitr.ru. При подготовке статьи также использованы материалы А. А. Шаститко.

Прежде всего, следует отметить немногочисленность судебных дел, связанных с указанными иммунитетами (ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 закона «О защите конкуренции»). Хотя в данной работе нельзя было рассмотреть все случаи, их численность измеряется единицами дел. Поэтому говорить об ожидаемых эффектах законодательных изменений на базе имеющейся практики можно очень приблизительно. Эти дела условно разделены здесь на четыре группы. Можно предположить, что результаты отмены антимонопольных иммунитетов окажутся заметными именно для подобных типов антимонопольных разбирательств.

#### **4.1. Отношения франчайзинга (коммерческой концессии) и подобные гибридные отношения**

В соответствии со ст. 1027 ГК РФ коммерческая концессия подразумевает передачу от правообладателя пользователю комплекса прав, включающего права на товарный знак или знак обслуживания, а также другие исключительные права, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау). В рамках такого договора, который является, по сути, реализацией франчайзинга, передаются права на РИД. Бывают и ситуации, когда отношения между сторонами такого соглашения вызывают сомнения с точки зрения антимонопольных органов – например, когда в соглашениях содержатся положения, дискриминирующие третью сторону.

Отношения франчайзинга по своей экономической сути целесообразно выводить за пределы антимонопольного регулирования. Дело в том, что передача бренда и ноу-хау другим производителям представляют собой проконкурентные действия, в частности за счет снижения входных барьеров. Если ограничения на использование указанных активов в рамках этих соглашений и могут оказать сдерживающее влияние на конкуренцию, то ситуация с точки зрения конкуренции все равно окажется лучше, чем в отсутствие такого соглашения. Только в исключительных случаях государство может вмешаться, а именно, когда выясняется, что участники хозяйственного оборота злоупотребляют данной формой договора, экономической содержание которого собственно к коммерческой концессии отношения не имеет.

Эти соглашения относятся к числу вертикальных, и, более того, в соответствии с ч. 1 ст. 12 закона «О защите конкуренции» договоры коммерческой концессии представляют собой класс разрешенных вертикальных соглашений. Вместе с тем не всегда стороны договора в явном виде это указывают, и тогда антимонопольный орган может предъявить к ним претензии, если в соглашении есть положения, имеющие отношение к ограничению конкуренции, по ст. 11 закона «О защите конкуренции»<sup>8</sup>.

Франчайзинг представляет собой одну из наиболее распространенных форм т. н. гибридных институциональных соглашений (Уильямсон, 1996; Шаститко, 2010), то есть таких механизмов организации отношений между предприятиями, которые подразумевают автономию сторон при их достаточно тесной взаимосвязанности и применении механизмов коллективной адаптации к изменяющимся обстоятельствам. В соответствии с моделью О.

---

<sup>8</sup> Эта практика имело место в деле № А45-4580/2013, связанном с обслуживанием ООО «Восток-Трансавто» автомобилями Renault с использованием торговой марки Renault.

Уильямсона (Williamson, 1991; Уильямсон, 1996) повышение неопределенности приводит к отказу от таких форм отношений между предприятиями в пользу перехода к вертикальной интеграции или на рыночные отношения (опора в большей степени на механизм цен), характеризующиеся независимостью предприятий. При высокой специфичности актива и высокой неопределенности предпринимателю становится проще включить транзакции в пределы одной экономической фирмы, поскольку риски нарушений отношений высоки, а переключиться не на кого. При низкой специфичности актива и высокой неопределенности значительные риски нарушения отношений ведут к тому, что предприниматель, напротив, будет всегда использовать рыночные механизмы для максимальной гибкости, ведь при низкой специфичности вариантов для переключения много.

Исключение антимонопольных иммунитетов может стать фактором повышения неопределенности за счет повышения рисков антимонопольного преследования, что в свою очередь приведет к повышению неопределенности среды принятия решений и управления транзакциями (договорными отношениями).

При франчайзинге компания – правообладатель – передает лицензиату некоторые права на РИД, касающиеся производственного процесса. Соответственно, в рамках такой формы взаимодействия разрабатываются и внедряются процессные инновации. Как уже говорилось, их осуществление более эффективно в рамках крупных предприятий, за счет эффекта масштаба. Тот же эффект возможен и при наличии сети партнеров, основанной на гибридных соглашениях.

Если из-за изменения антимонопольной политики предприятия откажутся от более рискованных гибридных соглашений в пользу рыночного взаимодействия, то это создает препятствия для процессных инноваций. Если же в этом случае более предпочтительной для них окажется иерархия, то эти препятствия не возникнут, однако выбор априори гибридной формы отношений свидетельствует о том, что иерархическая организация бизнеса для предприятий является субоптимальной и тоже может привести к потерям общественного благосостояния. Это может быть связано как с общим ослаблением стимулов, которые характерны для иерархических систем принятия решения по сравнению с гибридными и атомистическими (механизмом цен), так и со специфическими негативными последствиями для отдельных типов нововведений (продуктовые нововведения).

Таким образом, отказ от антимонопольных исключений для подобных случаев, который в прошлом также был предметом обсуждения, мог бы повлечь избыточные риски. В первую очередь они связаны с возможным отказом предприятий от эффективных для них гибридных форм взаимодействия, в частности франчайзинга, если они могут быть неверно интерпретированы антимонопольными органами и судами. Вместе с тем наличие явно прописанных исключений для коммерческих концессий в законе «О защите конкуренции» позволяет снизить эти риски для предприятий при аккуратном обращении с оформлением отношений. Положительные результаты отмены исключений также маловероятны, поскольку наличие исключающих ограничений является характерной чертой отношений франчайзинга – фактически оно и определяет наличие гибридного институционального соглашения между конкретными партнерами, отделенного от их остальных деловых взаимоотношений – и

неслучайно закон «О защите конкуренции» содержит соответствующее исключение для таких соглашений.

#### **4.2. Споры о патентных и авторских правах**

Неопределенность интеллектуальных прав зачастую влечет за собой судебные разбирательства в целях спецификации этих прав, то есть споры хозяйствующих субъектов о патентных и авторских правах. Решение этих вопросов лежит в плоскости гражданского права и в общем случае не требует привлечения антимонопольных органов.

Вместе с тем одна из спорящих сторон может обратиться в антимонопольный орган с целью усиления своих позиций и оказания дополнительного давления на оппонентов, особенно если эти оппоненты обладают большей рыночной властью. Именно такой подход в решении вопроса и такая перспектива представляются вредными<sup>9</sup>.

Действительно, особенности интеллектуальных прав могут привести к ограничению возможностей хозяйствующих субъектов, не являющихся владельцами этих прав, однако спецификация таких прав не находится в компетенции антимонопольных органов, и их появление в этом контексте способно только внести дополнительную неопределенность.

В результате при отмене исключений для РИД в этом контексте возникают риски для инновационной активности фирм, поскольку не будут соблюдаться третий и четвертый тезисы Бейкера о необходимости предоставления инноватору гарантированной возможности воспользоваться своими достижениями и значимости для стимулов инноватора ограничений, возникающих для конкурирующих фирм.

При этом на данный момент вероятность возникновения как положительных, так и негативных эффектов следует оценить как низкую в связи с тем, что ФАС России, судя по имеющейся практике, не проявляет особой активности, пользуясь имеющейся в законодательстве возможностью. Однако при отмене антимонопольных исключений ФАС России станет сложнее от этого отказываться, в результате неопределенность и вероятность ошибок при решении споров о патентных и авторских правах возрастают.

#### **4.3. Попытки переноса антимонопольных исключений на рынки товаров**

В силу того, что исключения в ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 закона «О защите конкуренции» сформулированы довольно обобщенно, они могут быть интерпретированы таким образом, что будут распространяться на правоотношения, возникающие не только на рынках собственно РИД (прав на РИД), но и на рынках товаров, производимых с их интенсивным использованием. Это может быть связано не только с целенаправленными искажениями, но и с вполне объективными трудностями интерпретации, возникающими, к примеру, из-за наличия в одних и тех же соглашениях позиций, касающихся как вещных прав на товары, так и интеллектуальных прав на связанные с ними РИД.

---

<sup>9</sup> Примером такой попытки являются дела № А40-83858/2012 (с участием ЗАО «Промтрактор-Вагон») и № А40-73651/2014 (с участием ООО «КРКА-Фарма»).

В российской практике суды, хотя и приходившие в итоге к разным решениям, соглашались с ФАС России в части того, что попытки компаний использовать при обосновании своей позиции исключения для РИД из антимонопольного законодательства неприменимы ввиду того, что речь идет именно о рынках товаров, на которых обращаются товары без перехода интеллектуальных прав, несмотря на то что участвующие в разбирательстве компании действительно владеют интеллектуальными правами и пытаются их таким образом коммерциализировать<sup>10</sup>.

Вместе с тем интерпретация разграничения между рынком товаров и рынком РИД порой является непростой задачей, что подтверждается разногласиями, возникшими между апелляционной и кассационной инстанциями в деле ООО «Ангстрем» против ФАС России<sup>11</sup>.

В связи с этим намного большее влияние, причем позитивное, в этом контексте могло бы оказать введение более четких разъяснений относительно границ сферы обращения РИД и сферы обращения товаров или, иными словами, пределов тех отношений, для которых применяются антимонопольные исключения.

Еще один спорный аспект касается возможности изменения антимонопольной политики в отношении рынков товаров, произведенных с интенсивным использованием РИД, которые на данный момент подлежат антимонопольным запретам на общих основаниях. Их исключение из сферы антимонопольной политики представляется нецелесообразным; вместе с тем более активное применение в этих ситуациях взвешенного подхода, как показано, например, в работе А. Шаститко и А. Курдина (Шаститко, Курдин, 2012) в отношении рынков со значительной долей контрафакта, в том числе с учетом эффектов для инновационной активности, представляется целесообразным шагом.

#### **4.4. Лицензионные ограничения**

Наиболее существенные эффекты отмены антимонопольных иммунитетов могут находиться в сфере сделок, непосредственно касающихся реализации прав на РИД. Во всех рассмотренных выше случаях передача прав на РИД затрагивалась опосредованно: в случае коммерческой концессии речь идет об особой форме взаимодействия предприятий, в рамках которой могут возникать ограничения в сфере передачи РИД, в случае споров о патентных и авторских правах имеются в виду особенности спецификации прав, которые влияют на рынок товаров, в случае попытки использования иммунитетов для оправдания деятельности компании на рынке товаров речь опять-таки идет о рынке товаров. Антимонопольные разбирательства, касающиеся непосредственно сделок по присвоению и отчуждению исключительных прав на РИД, встречаются крайне редко, что может быть связано как с наличием общеизвестных исключений в этой сфере, так и с заключением этих трансакций в границы фирм (в связи с высокой специфичностью соответствующих активов, как уже говорилось ранее).

---

<sup>10</sup> См., например дело № А40-42997/2014 (с участием ««Гева Фармасьютикал Индастриз Лимитед») или дело № А65-18093/2010 (с участием ЗАО «Авиастроительная корпорация «Русич»).

<sup>11</sup> Дело № А40-3954/10-149-52.

Проблемы такого рода здесь обобщенно названы «лицензионными ограничениями», поскольку передача интеллектуальных прав зачастую имеет форму лицензирования.

В качестве примера может быть приведено дело ООО «Поволжский экспертно-аттестационный центр «ЮРАТЭКС» против УФАС по г. Москве<sup>12</sup>: компания «ЮРАТЭКС», получившая госзаказ на поставку и сопровождение некоторого программного обеспечения, включая продление лицензии, обратилась к разработчикам с просьбой о покупке лицензии, но получила отказ. Партнеры разработчиков, владеющие лицензиями, также отказались осуществлять поставку данного программного обеспечения, сославшись на невозможность сублицензирования без согласия разработчика в соответствии с условиями лицензионных соглашений.

«ЮРАТЭКС» обратился в антимонопольный орган с жалобой на правообладателя. Сославшись, в том числе, на антимонопольные исключения по ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 закона «О защите конкуренции», антимонопольный орган и поддержавшие его решение суды отклонили поступившую жалобу. Отмена указанных исключений означала бы, что антимонопольным органам следовало бы рассмотреть это дело по существу (во всяком случае, основания для отказа в рассмотрении стали бы неочевидными) и, возможно, применить антимонопольные запреты, что принципиально изменило бы итог разбирательства.

Каковы масштабы распространения подобной ситуации? Имеющаяся практика не позволяет дать ответ на этот вопрос. Можно лишь предположить, что в силу обозначенных выше особенностей обращения прав на РИД – высокой доли внутрифирменных трансакций, высокой специфичности лежащих в их основе активов и вытекающей из этого неготовности решать проблемы в судебном порядке – пассивность экономических агентов относительно использования антимонопольных инструментов на рынке РИД сохранится. Отметим, что это в первую очередь касается тех РИД, которые имеют отношение к процессным инновациям.

Но на некоторых рынках последствия могут оказаться более значительными. Речь идет о тех рынках, на которых сложно провести формальное, да и содержательное разграничение между сферой обращения товаров и сферой обращения прав на РИД, таких как рынки программного обеспечения. В этой сфере даже реализация товара – копии программы или базы данных конечному пользователю связана с обращением интеллектуальных прав в явном виде (в том числе с заключением лицензионного соглашения), в первую очередь из-за возможности легкого тиражирования таких РИД самими пользователями без сколько-нибудь существенных издержек. Подобная ситуация возникает и в сфере обращения произведений науки, литературы и искусства, в первую очередь если они распространяются в электронном виде. Наличие иммунитета на сегодняшний день позволяет таким отраслям в значительной степени снизить давление антимонопольных запретов, связанных с формой, содержанием и процедурой оформления соглашений с пользователями.

---

<sup>12</sup> Дело № А40-170318/14.

В силу рассмотренных выше соображений, связанных с важностью конкурентной политики на рынках товаров, производимых с интенсивным использованием РИД, возникает вопрос о настройке регулирования этих рынков.

Отмена антимонопольных иммунитетов приведет к тому, что любые лицензионные соглашения могут стать предметом антимонопольного разбирательства. Соответственно, например, в деле компании «ЮРАТЭКС» может оказаться, что правообладатель будет вынужден на равных условиях предоставлять лицензии как конечным пользователям, так и различным промежуточным агентам, посредникам, что может существенно изменить действующую модель ведения бизнеса правообладателей.

Проблема изменения модели регулирования лицензионных соглашений может оказаться особенно сложной для сферы действия авторских прав, то есть для таких РИД, как программное обеспечение или произведения литературы, науки, искусства, нежели для объектов, обращение которых регулируется патентными правами, то есть – если давать максимально широкое определение – для промышленной собственности.

Промышленная собственность зачастую связана с определенными производственными процессами, ее объекты характеризуются достаточно высокой специфичностью, участие в трансакциях по поводу каждого такого объекта (вида объектов) принимает ограниченный круг агентов. Как следствие, контракты, оформляющие трансакции по поводу промышленной собственности, могут быть неполными – неоклассическими или отношенческими, как в описанном выше случае франчайзинга. Либо же эти трансакции, как уже говорилось, могут быть перенесены в границы экономической фирмы (в терминах антимонопольного законодательства наиболее близкий термин – либо в границы хозяйствующего субъекта, либо в границы группы лиц с контролем). Такие отношения не предполагают достраивание неполных контактов ex post с помощью третьей стороны, либо в крайнем случае это может быть специализированный арбитр, но не государственные органы, тем более антимонопольные. Вдобавок к этому в сфере промышленной собственности можно достаточно четко разделить рынок РИД и рынок товаров, поскольку РИД используются не конечными потребителями, а производителями товаров. ФАС России, как и антимонопольные органы других стран, традиционно озабочена благосостоянием потребителей, поэтому акцент ее воздействия в любом случае скорее смещается в сторону рынка товаров, который и сейчас является объектом антимонопольной политики.

В связи с этим есть основание полагать, что включение в фокус пристального внимания антимонопольных органов лицензионных соглашений в сфере промышленной собственности в случае снятия антимонопольных иммунитетов для РИД все же позволит предприятиям адаптироваться, хотя неопределенность, связанная с интерпретацией антимонопольными органами лицензионных соглашений, все же может увеличиться.

Сложнее может оказаться ситуация для объектов авторских прав. Объекты, защищенные авторскими правами, реализуются широкому (даже неопределенно широкому) кругу потребителей именно как конечный продукт, поэтому они могут рассматриваться в контексте рынка товаров. Эти объекты также могут характеризоваться относительно низкой специфичностью. Широкий круг контрагентов и низкая специфичность объектов трансакции

обуславливают реализацию этих объектов в рамках рыночного механизма управления транзакциями, что подразумевает заключение полного контракта и вовлечение при необходимости государственных органов для разрешения конфликтов. Полный контракт требует урегулирования между сторонами в том числе и вопросов, связанных с интеллектуальными правами, а не только с вещными правами. Соответственно, отношения на рынке товаров подразумевают оформление лицензионных соглашений или их аналогов с широким кругом контрагентов.

Если эти соглашения выведены из-под действия антимонопольной политики – как это де-факто происходит сейчас, – то получается, что рынок товаров, основанных на интенсивном использовании РИД, защищаемых авторским правом, не подлежит или по крайней мере в ограниченной степени подлежит антимонопольному контролю. Это действительно порождает обеспокоенность в отношении развития конкуренции на этих рынках, в том числе для целей стимулирования продуктивных инноваций, ведь многие важные условия отношений по поводу таких товаров оговариваются именно в лицензионных соглашениях, что еще раз подтверждает пример дела ООО «ЮРАТЭКС».

В связи с этим снятие антимонопольных иммунитетов для РИД с высокой вероятностью повлечет за собой повышенное внимание ФАС России к условиям лицензионных соглашений в сфере авторского права, тем более что многие из таких соглашений затрагивают непосредственно интересы конечных потребителей. Следовательно, от правообладателей таких РИД потребуются адаптация лицензионных соглашений к антимонопольному законодательству и правоприменительной практике. Безусловно, можно было бы сказать, что это все надуманные страхи и призрачные риски. Однако проектирование норм и механизмов их применения в том и состоит, чтобы прогнозировать такого рода риски и оценивать их восприятие правообладателями в контексте складывающейся модели правоприменения.

На деле это означает прежде всего повышение неопределенности, поскольку лицензионные соглашения, в частности, в отношении передачи прав на РИД, защищаемых авторским правом, обладают рядом специфических особенностей, и сложно предсказать их интерпретацию антимонопольными органами и судами, когда у них не будет возможности за счет иммунитетов для РИД отказаться от содержательной интерпретации этих соглашений и соответствующих им отношений.

Например, в отличие от приобретателя обычных товаров, приобретатель компьютерной программы – с технической точки зрения – может практически без дополнительных издержек стать ее продавцом, продав при этом больше экземпляров, чем купил сам. Вот почему ограничение с помощью соглашения между продавцом и покупателем возможностей перепродажи программ – естественный способ защиты законных прав правообладателя. Но возможности перепродажи должны различаться для конечных пользователей, с одной стороны, и для специализированных фирм, предоставляющих услуги, связанные с поставками и сопровождением программного обеспечения, с другой стороны. Специализированные фирмы, вероятно, могут обладать возможностями перепродажи программного обеспечения, но их продажи должны быть ограничены соглашениями с правообладателем, так чтобы они не могли производить и продавать неограниченное число копий.

В то же время применительно к правам по поводу РИД возможно возникновение ситуаций, которые требуют пояснения с точки зрения порядка правоприменения. До принятия в 2011 году «третьего антимонопольного пакета» в статье 4 закона «О защите конкуренции» фигурировало вертикальное соглашение (аналог вертикальных ограничений в экономической литературе) как соглашение между хозяйствующими субъектами, которые не конкурируют между собой, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом. Такая формулировка создавала основание для коллизии ввиду того, что лицензиат и лицензиар вполне могли оказаться ещё и продавцами на последующем рынке. В результате получалось, что факт продажи товаров на одном и том же рынке мог трансформировать вертикальное по сути соглашение в горизонтальное – в этом случае не удавалось обеспечить условие неконкурирования как признака вертикального соглашения. Таким образом, подобные ограничения могли войти в конфликт с ч. 1 ст. 11 закона «О защите конкуренции», поскольку они могли рассматриваться как соглашения двух продавцов компьютерных программ об ограничении выпуска. Однако в результате принятия «третьего антимонопольного пакета» появилось новое определение вертикального соглашения: соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар. Не является «вертикальным» соглашением агентский договор. Было устранено условие неконкурирования (безотносительно определения рынка, на котором хозяйствующие субъекты оба являются продавцами). Однако пока нет достаточных оснований утверждать, что в данном аспекте вопрос полностью исчерпан, поскольку ни в комментариях, ни в разъяснениях по поводу применения норм антимонопольного законодательства ситуация взаимодействия между компаниями как конкурентами, которые одновременно являются на другом рынке покупателем и продавцом, отражения не нашла.

Вероятно, что для преодоления указанных коллизий целесообразно не только предусмотреть априорное введение специализированных разъяснений по поводу применения антимонопольного законодательства к лицензионным соглашениям, но и проработать возможность разграничения различных видов лицензионных соглашений в гражданском законодательстве (например, для конечных потребителей и посредников). Это позволит ввести особые антимонопольные условия для некоторых видов соглашений, как это сделано сейчас в законе «О защите конкуренции» для договоров коммерческой концессии.

#### **4.5. Возможные последствия снятия антимонопольных иммунитетов**

Снятие антимонопольных иммунитетов в отношении РИД, то есть исключение ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 закона «О защите конкуренции» может привести к ряду разнородных экономических последствий, наиболее существенными из которых – с учетом складывающейся в отношении этих исключений практики – могут оказаться следующие.

Во-первых, отказ от иммунитетов с высокой вероятностью приведет к расширению полномочий ФАС России по защите конкуренции. Наличие действующих сейчас норм показывает, что отношения по поводу прав на РИД регулируются в этих вопросах не законом «О защите конкуренции», а ГК РФ. Изъятие исключений для РИД в п.4 ст. 10 и п.9 ст. 11 закона «О защите конкуренции» будет воспринято как указание на то, что теперь отношения по поводу прав на РИД регулируются на общих основаниях, как любой другой товар. Как

следствие, высокий уровень неопределенности и рисков антимонопольного преследования вследствие просматривающихся уже сейчас правовых коллизий может снизить активность производителей РИД и даже предотвратить создание новых продуктов (Шаститко, Курдин, 2012). Существует риск того, что в случае снятия антимонопольных иммунитетов недобросовестные участники хозяйственного оборота будут пользоваться появившимися возможностями для давления на правообладателей с целью простого получения доступа к инновациям.

В первую очередь это касается сферы обращения объектов авторских прав, в то время как в сфере промышленной собственности акцент антимонопольного правоприменения, вероятно, будет по-прежнему делаться не на рынки РИД, а на рынки товаров, производимых с их интенсивным использованием.

Для снижения неопределенности и рисков правообладателей снятие иммунитетов следовало бы сопровождать априорным введением разъяснений о применении антимонопольного законодательства, как это делается в Европе и США, а также возможными корректировками части IV ГК РФ в части регулирования лицензионных соглашений.

Во-вторых, возможно непрогнозируемое по масштабам и формам проявления снижение стимулов для инновационного развития. Это связано с тем, что правообладатели, не будучи уверенными в законных возможностях полноценной коммерциализации своих РИД, не будут рисковать вкладывать ресурсы в инновации, в создание новых РИД. Другой возможный эффект – применение альтернативных способов защиты своих прав на основе ограничений на распространение информации о полученных РИД.

В-третьих, снятие антимонопольных иммунитетов в отношении РИД не позволит компаниям в рамках разбирательств с ФАС России необоснованно пользоваться этими иммунитетами, когда речь де-факто идет не об осуществлении прав на РИД и не о соглашениях, связанных с передачей РИД, а о сделках с товарами без какого-либо изменения прав на РИД. Впрочем, ФАС России, как правило, удастся проводить это разграничение и сейчас, так что значимых изменений ожидать не следует. Хотя в некоторых случаях разграничение между рынком РИД и рынком товаров, основанных на интенсивном использовании РИД, провести непросто, и если наряду со снятием иммунитетов будут предоставлены указанные выше разъяснения о применении антимонопольной политики, то это может помочь в антимонопольных разбирательствах.

В-четвертых, отказ от антимонопольных иммунитетов для РИД приведет к вовлечению ФАС России в патентные споры и споры об авторских правах. На сегодняшний день эти вопросы вне сферы ответственности ФАС России, и антимонопольные органы отказываются участвовать в их разрешении, ссылаясь именно на эти иммунитеты. Но при исчезновении иммунитетов заявители могут интерпретировать свои претензии в контексте антимонопольного законодательства, и ФАС России придется вмешиваться, что станет дополнительным фактором ослабления защиты интеллектуальных прав.

В-пятых, отказ от антимонопольных иммунитетов для РИД способен привести к повышению рисков антимонопольных запретов для отношений в форме гибридных

институциональных соглашений, в частности, франчайзинга, которые связаны с передачей РИД, но не всегда формализованы в виде договоров коммерческой концессии, обладающих антимонопольным иммунитетом по ст. 12 закона «О защите конкуренции». Впрочем, грамотное юридическое сопровождение указанных отношений может существенно снизить указанные риски.

## 5. Заключение

Для обеспечения лучшего баланса ошибок I и II рода требуется тщательная сравнительная оценка дискретных институциональных альтернатив, то есть наборов норм, формирующих новые возможности, ограничения и порядок применения инструментов антимонопольной политики в сфере отношений по поводу прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненных (но не всегда тождественных им) средств индивидуализации. При этом такая оценка должна учитывать специфические факторы, характеризующие современный уровень защиты интеллектуальных и смежных прав, уровень научно-технического развития в России, а также внешнеэкономические и внешнеполитические обстоятельства.

Последовательное соблюдение основополагающих принципов оценки регулирующего воздействия (Крючкова, Шаститко, 2006) позволит выработать наилучший из доступных (но не придуманных на основе идеальных моделей, построенных на нереалистичных предпосылках и не учитывающих важных ограничений, существующих в реальной коммерческой практике) вариантов сбалансированности защиты прав на РИД и конкуренции.

В основе предлагаемого подхода для развития антимонопольной политики в этой сфере – несколько достаточно простых и почти очевидных идей:

- результаты интеллектуальной деятельности разнообразны и достаточно сильно различаются как по способам создания, так и по механизмам использования;
- объекты прав интеллектуальной собственности сильно отличаются друг от друга с точки зрения комбинации механизмов защиты не только в разных странах, но и в пределах одной юрисдикции в одно и то же время;
- импорт (прямое заимствование) институтов из одной страны (группы стран) в другую страну (группу стран) с различными уровнями и траекториями развития, как правило, контрпродуктивен и зачастую в принципе невозможен ввиду ограничений на делимость институтов<sup>13</sup> как совокупности норм и обеспечивающих их соблюдение механизмов;
- универсальные правила, содержащие антимонопольные запреты, к разнородным объектам (причем в разных смыслах: (а) в разрезе классификации РИД – к объектам авторского права и промышленной собственности (патенты); (б) по специфике сфер, где существуют свое отраслевое законодательство и, возможно, специфическое регулирование)

---

<sup>13</sup> Ограничения на делимость институтов – оборотная сторона связанности институтов. Даже когда в аналитических целях исследуется набор правил А с соответствующими ему, как предполагается, механизмами инфорсменты, не следует забывать, что существует еще набор правил В, С, D и т.д с соответствующими механизмами защиты, которые в разной степени связаны с рассматриваемым набором. И чем сильнее связь, тем меньше оснований рассматривать набор А изолированно как вариант решения той или иной проблемы.

вряд ли могут быть эффективно применены в текущих условиях (один размер для всех не подходит);

- универсализация антимонопольных запретов возможна, но она должна проводиться на основе обобщения фактического опыта правоприменения, учитывающего особенности РИД и конкретных отраслей;

- необходима отработка режима применения антимонопольных запретов с применением «пилотов», которые в свою очередь позволяли бы учесть особенности различных РИД и возможных структурных альтернатив «патентной системе»<sup>14</sup>, включая варианты смягчения такого режима (в части квалификации действий и установления размеров санкций – как, например, в США);

- создание механизмов обратной связи, включая *ex post* оценку полученных результатов корректировки правового режима, что является важным условием последовательного поиска («нащупывания») наилучшего варианта при заранее неизвестном правильном решении;

- повышение минимальной степени осведомленности участников хозяйственного оборота об условиях применения антимонопольных запретов (комплекс мер по адвокатированию конкуренции в связи с необходимостью обеспечения эффективного баланса между разрешенными и предписанными способами по осуществлению и защите исключительных прав на РИД в рамках Гражданского Кодекса РФ и антимонопольными запретами, которые содержатся в нормах закона «О защите конкуренции»);

- применение антимонопольных запретов для прав на РИД будет тесно связано с применением других норм антимонопольного законодательства (а это – вопрос об общем состоянии российского антитраста, в том числе в части его гармонизации с европейским с точки зрения не только содержания норм, но и стандартов их применения)<sup>15</sup>.

Общие контуры практического подхода к решению вопроса о применимости антимонопольных запретов к отношениям по поводу прав на РИД могут выглядеть следующим образом, с учетом последовательного соблюдения указанного порядка.

1. Формулирование примеров из практики ФАС России, когда действующее законодательство действительно мешает по существу верно разобрать ситуацию. Иными словами, речь идет об описании ситуации с пояснением о вреде для конкуренции и с комментариями, почему действующее законодательство ограничивает возможности пресечения антиконкурентной деятельности.

2. Определение условий для проведения эксперимента по применению антимонопольных запретов с учетом специфики российского правоприменения (количество возбуждаемых дел, особенности применения отдельных норм, например, о коллективном доминировании, фактические стандарты доказательства, процессуальные аспекты рассмотрения дел о нарушении требований антимонопольного законодательства и т. п.)

---

<sup>14</sup> То есть институциональной системе производства и обращения РИД, основанной на защите РИД формальными правами собственности.

<sup>15</sup> Отчасти данный тезис переплетается с вопросом об ограниченной делимости институтов и поддерживающих их механизмов.

3. Выбор отраслей, видов РИД и/или набора отношений, на которые последовательно может распространяться механизм антимонопольного принуждения. Это могут быть, например, фармацевтика или сельское хозяйство, товарные знаки или патенты, режим исчерпания исключительных прав (параллельный импорт) или отношения по поводу отраслевых стандартов.

4. Определение «необходимости» и уже потом последовательности ослабления антимонопольных иммунитетов с учетом уже доступных ограничений прав на результаты интеллектуальной деятельности в действующем законодательстве (в частности, нормы о принудительной лицензии в ГК РФ).

5. Определение режима действия антимонопольных запретов, включая правило взвешенного подхода (применение норм, основанное на оценке эффектов – прежде всего, экономической), корректировка принципа применения санкций, процедуры инициации и рассмотрения дел, а также определение набора действий по формированию данного режима (с применением последовательности от адвокатирования конкуренции к принуждению с достоверной угрозой применения санкций к нарушителям).

6. Установление порядка обсуждения полученных результатов, включая доклады о полученных результатах от регулятора и от бизнес-сообщества на заседаниях Правительственной комиссии по вопросам конкуренции и развития малого и среднего предпринимательства, в том числе в рамках такого формата как ежегодный Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации.

## Список литературы

Авдашева С., Шаститко А. Е. Конкурентная политика: состав, структура, система // Современная конкуренция. 2010. №1. С. 5–20.

Авдашева С., Шаститко А. Е. Предмет обвинения: время объявления имеет значение // Экономическая политика. 2015. Т. 10, № 1. С. 72–91.

Крючкова П. В., Шаститко А. Е. Оценка регулирующего воздействия и модернизация системы государственного регулирования // Общественные науки и современность. 2006. № 4. С. 21–31.

Уильямсон О. Экономические институты капитализма. Фирмы, рынки, отношенческая контрактация. Спб., Лениздат, 1996;

Шаститко А. Е. Новая институциональная экономическая теория. М.: Теис, 2010. Четвертое издание.

Шаститко А. Е. Коллективное доминирование на рынке: экономика и право. Бюро экономического анализа. М.: Теис, 2011а.

Шаститко А. Е. Ошибки I и II рода в экономических обменах с участием третьей стороны-гаранта // Журнал Новой экономической ассоциации. 2011б. № 10. С. 125–148.

Шаститко А. Е., Курдин А. Антитраст и защита интеллектуальной собственности в странах с развивающейся рыночной экономикой // Вопросы экономики. 2012. №1. С. 84–95.

Arrow K. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions. In: Nelson R. (ed.). *The Rate and Direction of Inventive Activity*. Princeton University Press, 1962. P. 609–626.

Baker J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation // *Antitrust Law Journal*. 2007. No. 74. P. 575–602.

Calvão J. Access to Antiretroviral Drugs in Brazil // *Lancet*. 2002. No. 360 (9348). P. 1862–1865.

Gilbert R. Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition – Innovation Debate. In: Jaffe A., Lerner J., Stern S. (eds.) *Innovation Policy and the Economy*. Vol. 6. Chicago: University of Chicago Press, 2006. P. 159–215.

Gostin L. O. Medical Counter – measures for Pandemic Influenza: Ethics and the Law // *The Journal of the American Medical Association*. 2006, Vol. 295, No. 5. P. 554–556.

Mann Ch. C., Plummer M. L.. *The Aspirin Wars: Money, Medicine, and 100 Years of Rampant Competition*. N. Y.: Knopf, 1991.

Moser P. Patents and Innovation: Evidence from Economic History // *Journal of Economic Perspectives*. 2013. Vol. 27 (1). P.23–44.

Shapiro C. Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull’s Eye? In: Lerner J., Stern S. (eds.). *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*. Chicago: University of Chicago Press, 2012. P. 361–404.

Schumpeter J. *Capitalism, socialism and democracy*. N. Y.: Harper & Brothers, 1942.

Steinbrook R. Thailand and the Compulsory Licensing of Efavirenz // *New England Journal of Medicine*. 2007. Vol. 356, No. 6. P. 544–546.

Williamson O. Comparative economic organization: The analysis of discrete structural alternatives // *Administrative science quarterly*. 1991. Vol. 36, No. 2. P. 269–296.

# OPPORTUNITIES AND RISKS OF ANTITRUST REFORM IN THE AREA OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS RELATIONS

**Andrey Shastitko<sup>16</sup>**

*Ph.D., Professor*

*Head of the chair of competition policy and industrial policy*

*MSU*

*Faculty of Economics;*

*Director of the Center for Competition and Economic Regulation Studies*

*The Russian Presidential Academy of National Economy and Public*

*Administration*

*(Moscow, Russia)*

**Alexander Kurdin<sup>17</sup>**

*Ph. D., Research fellow*

*MSU*

*Faculty of Economics;*

*Senior research fellow*

*Center for Competition and Economic Regulation Studies*

*The Russian Presidential Academy of National Economy and Public*

*Administration*

*(Moscow, Russia)*

## **Abstract**

*The article is devoted to the prospects of antitrust reform concerning markets for intellectual property rights in Russia. The work contains the critical analysis of main reference points from the discussion on this subject in Russia. The authors forecast possible consequences of the rejection of antitrust immunities for intellectual property, basing on the analysis of legal cases, and propose the toolkit of principles and measures for the improvement of antitrust in this area.*

**Keywords:** antitrust policy, intellectual property rights.

**JEL codes:** L40, O34.

---

<sup>16</sup> Shastitko A.: aes99@yandex.ru

<sup>17</sup> Kurdin A.: aakurdin@gmail.com