

АВТОРЫ:

Светлана Авдашева

Рошель Дрейфусс

Игорь Дроздов

Алексей Иванов

Полина Крючкова

Янис Лианос

Сергей Плаксин

Андрей Шаститко

Интеллектуальная собственность и развитие общества: время прагматики

2013

«[И]нтеллектуальная собственность – один из важнейших вопросов глобализации ... То, как мы регулируем и управляем процессами создания и доступа к знаниям, имеет центральное значение для успешного функционирования новой экономики ... и распределения выгод от ее работы».

Джозеф Стиглиц, Лауреат Нобелевской премии по экономике



Вступительное слово



**Игорь Александрович
Дроздов**



**Алексей Юрьевич
Иванов**

Последние 20 лет лейтмотивом развития института интеллектуальной собственности (ИС) в России было приведение его в соответствие с «лучшими мировыми стандартами». Принятие 4-й части Гражданского кодекса РФ стало ключевой вехой этого процесса.

В фокусе внимания российского законодателя в эти годы было преимущественно создание стройной системы законодательства, а прямое копирование иностранных моделей рассматривалось как естественный метод нормотворчества. Это связано как с особенностями этапа догоняющего развития, так и со сложностями в оценке потребностей российской экономики и общества в период стремительных социальных изменений.

Негативной стороной указанного подхода стало несоответствие целого ряда нормативных положений законодательства об ИС реальным потребностям российской экономики и общества.

Одной из таких важных потребностей является острая необходимость перевода российской экономики на инновационный путь развития. И здесь институт ИС может сыграть значимую роль. Например, в США одним из ключевых факторов, повлиявших на инновационный рывок и успех Кремниевой долины, послужило то, что режим охраны интеллектуальной собственности в этой стране адаптировал целый ряд важных изменений, направленных на стимулирование инновационной деятельности.

Модель догоняющего развития имеет немало отрицательных сторон. Так, в большинстве развитых стран, которые на протяжении XX в. создали тяжеловесную систему регулирования ИС, она в ее нынешнем виде становится

уже обузой экономическому развитию. Увлечшись копированием, российский законодатель часто не учитывал возможность гармоничного развития России без заимствования у Запада устаревших институтов индустриальной эпохи.

В современном мире институт ИС играет очень важную роль в перераспределении ресурсов в глобальной экономической системе. Так, лауреат Нобелевской премии по экономике Джозеф Стиглиц отмечает: «Глобализация – это один из важнейших вопросов сегодняшнего дня, и интеллектуальная собственность – один из важнейших вопросов глобализации, особенно учитывая, что мир движется в направлении экономики знания. То, как мы регулируем и управляем процессами создания и доступа к знаниям, имеет центральное значение для успешного функционирования новой экономики, экономики знания, и распределения выгод от ее работы. На кону – вопросы распределения благ и эффективности».

К сожалению, очень многие решения в области ИС в России принимались без учета этих вопросов. Об этом красноречиво свидетельствует случай с установлением в России национального (регионального) режима истечения исключительных прав – о чем мы подробно пишем в нашем исследовании.

Лейтмотивом предстоящего этапа в развитии института ИС в России должна стать прагматическая оценка выгод и потерь от конкретных нормативных предписаний для российской экономики и общества.

Фонд «Сколково» совместно с Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» и коллегами из ведущих мировых университетов – University College of London и New York University – провели первое в России комплексное междисциплинарное исследование влияния института ИС на общественное развитие и стимулирование инновационной деятельности.

Рассчитываем, что это исследование станет отправной точкой для последующей вдумчивой разработки российского национального видения стратегии в области интеллектуальной собственности – одной из важнейших сфер глобального миропорядка.

С уважением,

И. А. Дроздов
А. Ю. Иванов

Авторы



**Светлана Борисовна
Авдашева**

Высшая школа экономики,
профессор.
Институт анализа
предприятий и рынков ВШЭ,
заместитель директора.
Доктор экономических наук



**Рошель Дрейфусс
(Rochelle Dreyfuss)**

Школа права Нью-Йоркского
университета (New York
University), профессор.
Энгельбергский центр права
и инновационной политики,
содиректор



**Игорь Александрович
Дроздов**

Фонд «Сколково»,
старший вице-президент
по правовым
и административным
вопросам.
Кандидат юридических наук



**Алексей Юрьевич
Иванов**

Фонд «Сколково», директор
Департамента правовой
политики и общественного
развития.
Магистр права Гарвардского
университета



**Полина Викторовна
Крючкова**

Высшая школа экономики,
профессор.
Институт анализа
предприятий и рынков ВШЭ,
ведущий научный сотрудник
лаборатории конкурентной
и антимонопольной политики.
Доктор экономических наук



**Янис Лианос
(Ioannis Lianos)**

Школа права Лондонского
университетского колледжа
(University College of London),
доцент.
Центр права, экономики
и общества, директор.
Доктор юридических наук



**Сергей Михайлович
Плаксин**

Дирекция по экспертно-
аналитической работе ВШЭ,
заместитель директора.
Центр анализа деятельности
органов исполнительной
власти ВШЭ, начальник
отдела организационного
проектирования.
Кандидат экономических наук



**Андрей Евгеньевич
Шаститко**

Московский государственный
университет, профессор.
Центр исследований
конкуренции
и экономического
регулирувания РАНХиГС,
директор.
Доктор экономических наук

В исследовании участвовали:

Татьяна Безнощенко	Студент ВШЭ
Надежда Галиева	Младший научный сотрудник Центра методологии федеративных исследований РАНХиГС
Малика Горланова	Студент магистратуры UCL
Александр Иофреда	Студент Гарвардского университета; стажер Департамента правовой политики и общественного развития Фонда «Сколково»
Анастасия Комкова	Студент магистратуры МГУ
Любовь Коротецкая	Сотрудник Департамента правовой политики и общественного развития Фонда «Сколково». Аспирант МГИМО (У) МИД России
Александр Курдин	Кандидат экономических наук, руководитель Дирекции по стратегическим исследованиям в энергетике Аналитического центра при Правительстве РФ, научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте РФ
Руслан Левицкий	Консультант Дирекции по конкурентной политике Аналитического центра при Правительстве РФ, аспирант кафедры прикладной институциональной экономики экономического факультета МГУ
Сергей Литвинцев	Заместитель руководителя Департамента правовой политики и общественного развития Фонда «Сколково». Магистр Дьюкской школы права
Ксения Мануильская	Научный сотрудник Центра методологии федеративных исследований РАНХиГС
Кирилл Пиксендеев	Координатор целевой группы «Деловой Двадцатки» (B20) по приоритетам инновационного развития; стажер Департамента правовой политики и общественного развития Фонда «Сколково»
Дмитрий Rogozin	Кандидат социологических наук. Декан факультета социальных наук МВШСЭН. Директор Центра методологии федеративных исследований РАНХиГС
Анастасия Шаститко	Студент магистратуры Université Paris 1 Panthéon–Sorbonne

Авторы выражают благодарность всем участникам исследования.

Оглавление

I. Институт интеллектуальной собственности и инновационное развитие России	9
1. Институт интеллектуальной собственности в России.....	10
1.1. Структура российской экономики и спрос на РИД	11
1.2. Основные тезисы для анализа политики по защите прав интеллектуальной собственности в России.....	17
1.3. Спецификация предмета исследования: проблемы экономического и правового понимания	19
1.4. Сравнительный анализ способов спецификации и защиты прав на ИС; анализ рыночного, гибридного и иерархического механизма управления транзакциями при передаче прав на ИС	22
1.5. Стимулы, издержки и выгоды различных заинтересованных групп	24
1.6. Соотношение политики защиты прав на РИДСИ и других аспектов экономической политики	26
2. Соотношение политики защиты прав на РИДСИ и конкурентной политики	30
2.1. Соотношение защиты конкуренции и прав на результаты интеллектуальной деятельности: постановка проблемы	32
2.2. Нужны ли исключения для РИДСИ в российском антимонопольном законодательстве?	34
2.3. Защита прав на РИД в международном контексте	36
2.4. Экономическая теория исключений из антимонопольных запретов	37
2.5. Оценка российской дискуссии по вопросам защиты прав на РИДСИ в антимонопольной политике	40
2.6. Основные выводы о проблемах защиты прав на РИД в контексте конкурентной политики в России	41
Список использованных источников	43
II. Параллельный импорт: преодоление мифа	51
1. Параллельный импорт как правовое явление	53
2. Политико-экономические аспекты регулирования параллельного импорта.....	58
3. Влияние запрета параллельного импорта на деятельность инновационных компаний России (социологическое исследование).....	64
Список использованных источников	76
III. Новые проблемы на стыке прав интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства: взгляд из Европы и Соединенных Штатов	79
Реферат: «Новые проблемы на стыке прав интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства: взгляд из Европы и Соединенных Штатов».....	81
I. Введение.....	90
II. Взаимодействие между законодательными нормами, действующими в отношении равноправных обладателей прав интеллектуальной собственности, и режимами интеллектуальной собственности, действующими в отдельных секторах	96
A. Действительность патента	98
1. Патентоспособный объект	98
2. Новизна	100
3. Неочевидность (изобретательский уровень).....	100
4. Полезность (промышленная применимость).....	102
5. Раскрытие (описание) изобретения и его формула	102
B. Нарушение прав.....	103

1. Интерпретация притязаний	103
a. Буквальное нарушение прав.....	104
b. Нарушение прав согласно доктрине эквивалентов (DOE)	104
c. Обратная доктрина эквивалентов.....	106
2. Стороны, участвующие в нарушении прав.....	106
C. Возможности освобождения от ответственности за нарушение прав	107
1. Социально значимое применение	107
a. Научные исследования	107
b. Диагностика.....	109
c. Снабжение рынка.....	109
d. Использование патента.....	109
2. Использование патента для нужд государств.....	109
3. Предыдущее использование.....	109
4. Недобросовестные действия.....	110
D. Средства защиты прав	110
1. Судебный запрет	110
2. Возмещение материальных убытков.....	111
3. Действия на границе.....	111
E. Изобретения, финансируемые государством	112
III. Законодательство о защите конкуренции	114
A. Правовые рамки и цели законодательства о защите конкуренции	115
B. Взаимодействие законодательства о защите конкуренции и интеллектуальной собственности:	
принципы.....	119
1. Тезис «единого поля» и постоянство конфликтов.....	119
a. Законодательство о защите конкуренции, права интеллектуальной собственности	
и общая цель – экономическое благосостояние.....	119
b. Интеллектуальная собственность, конкуренция и кумулятивные инновации	120
c. Монопольные теории антиконкурентного влияния и права интеллектуальной собственности.....	121
(i) Теория монопольного рычага (leverage theory)	122
(ii) Доктрина жизненно важных средств	122
(iii) Повышение расходов конкурентов.....	123
(iv) Сохранение монопольного положения	124
2. Упор на анализ статической аллокационной эффективности в законодательстве о защите	
конкуренции	125
a. Права ИС не являются монополиями	125
b. Несмотря на то, что права ИС носят характер прав собственности, они не должны давать	
иммунитета от законодательства о защите конкуренции	126
3. Стандарты для взаимодействия между законодательством о защите конкуренции и правами ИС	128
a. Формалистические стандарты для взаимодействия между законодательством о защите	
конкуренции и правами ИС	129
(i) Стандарты с уделением основного внимания объему или стоимости прав ИС	129
(ii) Стандарты с упором на намерения обладателя ИС.....	132
b. Проверки экономической сбалансированности.....	133
c. Законодательство о защите конкуренции и поворот в сторону динамического анализа	138
(i) «Динамическая конкуренция» как критерий анализа законодательства о защите конкуренции	138
(ii) Технологические и инновационные рынки в США и законодательство ЕС о защите	
конкуренции	141
(iii) Динамический анализ в контексте оценки законодательства о защите конкуренции	
в процессе осуществления контроля за сделками слияния и антимонопольного контроля.....	143
d. Необходимость в применении единой системы «теории решений».....	145
C. Демонстрация взаимодействия между законодательством о защите конкуренции и правами ИС:	
сравнение законодательства ЕС/США	148

1. Процесс патентования и необоснованные исключения из применения патента.....	148
a. Отказ в выдаче лицензии	148
b. Антиконтурентные злоупотребления в системе ИС	151
2. Инновационные права «общинного пользования».....	155
a. Патентные пулы и перекрестное лицензирование	157
b. Стандартизация и другие формы обмена технологиями	159
c. Обязательства лицензирования (F)RAND.....	161
d. Фиксация цен и горизонтальные ограничения.....	164
e. Совместные предприятия	164
3. Объединение и взаимодействие	165
a. Патентное связывание.....	165
b. Технологическое связывание	167
c. Пакетное лицензирование.....	168
4. Ценообразование прав ИС и конкурентное право	168
a. Штабелирование лицензионных платежей, чрезмерные роялти и ценовая дискриминация	168
b. Послепродажные ограничения на продажу интеллектуальной собственности	174
(i) Управление ценами при перепродаже товаров, защищенных правами ИС.....	174
(ii) Вертикальные территориальные ограничения.....	174
(iii) Вертикальные ограничения для клиентов и ограничения области использования	174
5. Разрешение споров по правам интеллектуальной собственности и законодательство о конкуренции	175
IV. Исчерпание прав (доктрина первой продажи).....	180
V. Вопросы управления	186
A. Совершенствование управления системой интеллектуальной собственности.....	187
1. Роль Бюро по патентам и товарным знакам	187
2. Роль судов.	189
B. Улучшение взаимодействия между конкурентным законодательством и законодательством в области прав интеллектуальной собственности.....	190
VI. Заключение.....	196
Список использованных источников.....	202

Институт
интеллектуальной
собственности
и инновационное
развитие России

1. Институт интеллектуальной собственности в России



**Светлана Борисовна
Авдашева**

Высшая школа экономики,
профессор.
Институт анализа предприятий
и рынков ВШЭ, заместитель
директора.
Доктор экономических наук



**Полина Викторовна
Крючкова**

Высшая школа экономики,
профессор.
Институт анализа
предприятий и рынков ВШЭ,
ведущий научный сотрудник
лаборатории конкурентной
и антимонопольной политики.
Доктор экономических наук



**Сергей Михайлович
Плаксин**

Дирекция по экспертно-
аналитической работе ВШЭ,
заместитель директора.
Центр анализа деятельности
органов исполнительной
власти ВШЭ, начальник
отдела организационного
проектирования.
Кандидат экономических наук



**Андрей Евгеньевич
Шаститко**

Московский государственный
университет, профессор.
Центр исследований
конкуренции
и экономического
регулирувания РАНХиГС,
директор.
Доктор экономических наук

1.1 Структура российской экономики и спрос на РИД

Особенности экономического развития России и отдельных отраслей, в том числе их технологической базы, спрос на универсальные, законные методы защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности (далее — РИД), на альтернативные методы поддержки прав разработчиков тесно связаны между собой.

Экономическое развитие России базируется на немногочисленных отраслях, относящихся к сектору добычи и первичной переработки сырья, в крайнем случае — производства продукции низких переделов. Доля обрабатывающей промышленности России в ВВП относительно низка (рис. 1). Невысока и доля услуг в ВВП.

В то же время значительную долю ВВП составляет экспорт углеводородного сырья (рис. 2) и других продуктов низкой степени переработки.

Производство в большинстве указанных отраслей осуществляется немногочисленными крупными компаниями, использующими традиционные технологии. Присутствие на таких рынках аутсайдеров — редкость, при том, что их доли существенно ограничены. Сложившаяся отраслевая структура оказывает существенное влияние на спрос на правовые способы защиты РИД в первую очередь потому, что и сами расходы на инновации относительно невелики (рис. 3), причем в значительной степени осуществляются за счет бюджетных средств (рис. 6).

Спрос на РИД со стороны крупнейших и наиболее влиятельных компаний в России незначителен, так как они не являются поставщиками РИД на внутреннем рынке. К тому же спрос на продукты, для производства которых требуются РИД на национальном рынке, со стороны данных компаний также невелик. Хотя, безусловно, интерес к новейшим технологиям есть, но в первую очередь к тем из них, что реализованы в оборудовании. Укажем при этом, что подавляющая часть закупаемого российскими производителями оборудования — импортного производства (рис. 4).

Те исследования, результаты которых необходимы для успешного функционирования компаний, осуществляются внутренними структурами самих компаний. Заметим, что для большинства из этих разработок рыночная модель организации маловероятна, поскольку работа на одного-двух заказчиков требует специфических инвестиций, стимулы к которым невысоки при существующей модели организации рынков. В свою очередь права на разработки, выполняемые внутри компаний и по их заказу, эффективно охраняются способами внутрикорпоративной политики. Вот почему большая часть крупнейших

компаний в России как минимум нейтральна к вопросам защиты прав на РИД.

Это подтверждают и опросы Росстата, выделяющие в качестве главных препятствий для развития инноваций финансовые и экономические риски, в то время как защита прав интеллектуальной собственности и инновационная инфраструктура (30 %) беспокоит предприятия гораздо меньше (рис. 5).

Оговорка о том, что компании как минимум нейтральны, не случайна. В действительности же крупные, вертикально интегрированные компании стратегически заинтересованы в ослаблении режима защиты прав собственности по отношению к тем исследованиям, которые могут осуществляться как внутри компании, так и вне ее, независимыми разработчиками. В данном случае Россия не уникальна: известно, например, что в глобальной отрасли информационных и компьютерных технологий компании, оказывающиеся в тот или иной момент доминирующими на рынке, в целом поддерживали идею ослабления правовой защиты прав на РИД [Barnett 2012]. Желаемая степень патентной защиты зависит от размера компании и модели ее вертикальной организации. Например, в сфере информационных технологий такие корпорации, как Microsoft и IBM, имеют достаточно возможностей для непатентной защиты своих разработок. В то время как сильная патентная защита для маленьких фирм является гарантом получения доходов от собственных разработок, она одновременно вынуждает крупные компании в случае необходимости инновационной технологии нести значительные расходы на покупку лицензии либо отказываться от производства. Для защиты от подобных исходов крупные компании создают лоббистские группы, сосредоточенные на продвижении их интересов в законодательной сфере. Примерами таких групп являются Information Technology Industry Council, в которую входят Accenture, Apple, Canon, Cisco, eBay, Dell, Intel и группа Business Software Alliance, образованная компаниями Adobe, Intelligent Security Systems, McAfee, Cisco Systems, Dell, Hewlett Packard, IBM, Intel, Microsoft, SAP. Наряду с крупными объединениями отдельные компании имеют собственные лобби, например BlackBerry, которая после выплаты 612 млн долларов по патентам удвоила свою команду для увеличения влияния на продвижение закона о введении ограничений на выдачу патентов¹.

В повышении же правовой защиты, как правило, заинтересованы аутсайдеры и новые участники рынка. Это неудивительно: для независимых субъектов, представляю-

¹ BlackBerry lobbying on patents. URL: <http://www.clgcdc.com/blackberry-lobbying-on-patents>

щих собой дезинтегрированные компании, доступность правовых методов защиты РИД является необходимым условием самостоятельного рыночного позиционирования. Независимые разработчики РИД, в отличие от вертикально интегрированных компаний, могут получить отдачу от инвестиций только в случае защиты прав на исключительное использование результатов своих разработок. Однако в настоящее время компании, которых можно отнести к подобным самостоятельным разработчикам, занимают в российской экономике ничтожно малую долю. Именно с этим связан низкий заявленный спрос на защиту прав на РИД в России.

Разработчики РИД, которые не включены в состав вертикально интегрированных компаний, в большинстве представляют собой финансируемые государством исследовательские институты (рис. 6).

Так как деятельность подавляющей части этих институтов финансируется государством, то, строго говоря, они не относятся к независимым участникам рынка разработок. Источники финансирования не нейтральны по отношению к стимулам. Финансируемые государством исследовательские организации неизбежно больше заинтересованы в продолжении финансирования, нежели в защите прав на РИД. Причина сложившейся ситуации лежит на поверхности: права на РИД принадлежат в этом случае государству. Выделение институту прав на распоряжение частью финансовых результатов от использования РИД в целом меняет стимулы разработчиков лишь в небольшой степени (хотя в отдельных случаях и этого может быть достаточно), прежде всего потому, что данные права представляют собой лишь небольшую долю прав, которыми в принципе могут обладать разработчики. Подобная структура стимулов для разработчиков не является уникальной только для России — она характерна для любого сектора исследований, участники которого не берут на себя рыночные риски (риски спроса на результаты исследований [Winkofsky et al. 1981; Baker et al. 1976]).

Более того, гипотетическое укрепление прав собственности разработчиков на РИД в сложившейся системе может вести к неблагоприятным последствиям с точки зрения общественного благосостояния. Разработчики РИД в этом случае обладали бы правами на часть прибыли от ее использования, при том, что не брали бы на себя рисков соответствующих разработок. В этом случае объем производства РИД для разработчиков как лиц, принимающих решение, существенно превзошел бы общественно оптимальный, наблюдалось бы перепроизводство РИД. При этом отсутствие в системе стимулов для разработчиков негативных стимулов («наказания»), связанных с разработкой невостребованных РИД, приводило бы одновременно к снижению качества («производительности») разработок. Несмотря на то, что такая модель на первый взгляд может показаться гипотетической, она описывает отличие российской системы создания РИД от «рыночной». Неудивительно, что в подобной системе агенты, принимающие решения о разработках и их финансировании, в гораздо большей степени заинтересованы в условиях,

позволяющих получить и увеличить финансирование текущей деятельности, нежели в условиях, позволяющих защитить права на РИД, рыночная востребованность которых при этом низка. Сам вопрос о защите прав на результаты РИД в системе с преобладанием централизованного гарантированного финансирования инновационной деятельности выглядит совершенно иначе, чем в традиционной постановке, предполагающей берущего на себя риски предпринимателя. Централизованная система, унаследованная от плановой экономики и в значительной степени сохранившаяся (поскольку она едва ли не до последнего времени остается главным способом сохранения того человеческого капитала, который в принципе способен осуществлять разработки) в условиях защиты прав на РИД, в целом действует не лучше, а хуже. Это не означает, что в рамках системы, в том числе и в централизованной экономике, не появлялись участники, заинтересованные в защите прав. Практически во всех исследовательских институтах известны многочисленные истории, когда группа разработчиков (как отдельных исследователей), получивших результаты, перспективные для внедрения, стремилась к обособлению и использованию этих результатов «на стороне». Собственно, такова история создания почти всех более или менее удачных независимых компаний, предлагающих результаты своих разработок на российском рынке. Не поднимая вопроса о том, насколько коммерческий успех разработок связан с историей НИОКР «материнских» институтов, вспомним лишь несколько таких примеров. Это команда из шести молодых ученых из Перми, создавших высокотехнологичный бизнес нефтепромышленного оборудования, который основан на изготовлении деталей насосов с помощью метода порошковой металлургии. Сейчас оборот компании «Новомет» превышает 200 млн долларов, а сама компания входит в тройку крупнейших российских производителей оборудования для нефтепромысла². Схожим образом поступили ученые, образовавшие в начале реформ частную компанию «Полупроводниковые приборы», уйдя из академического института и финансируя исследовательскую работу, сначала используя кредиты, а через некоторое время уже заключая масштабные контракты³. Другой высокотехнологичный бизнес вышел из дверей СПбГУ: группа ученых-генетиков создала собственную исследовательскую лабораторию, которая в настоящее время развилась до суперсовременного производства, синтезирующего редкие белки, потребность в которых на российском и мировом рынке огромна⁴.

Во всех этих случаях обособление группы разработчиков от «материнских» исследовательских институтов выступало для них единственным способом защитить свои права на доход от использования результатов разработок. Нетрудно заметить, что в этой истории защита прав

² Нефтянка садится на порошок // Эксперт. 2006. URL: http://expert.ru/expert/2009/08/neftyanka_saditsya_na_poroshok.

³ Гадкие лебеди // Эксперт. 2002. URL: http://m.expert.ru/expert/2002/07/07ex-nauka_41504.

⁴ Бизнес, выросший на дрожжах // Эксперт. 2006. URL: http://expert.ru/northwest/2006/31/vysokotekhnologichnyy_biznes/

на РИД выглядит практически так же, как выглядело бы право приносящих прибыль подразделений компании по своему желанию обособляться от подразделений, приносящих убыток. Более того, для такого отношения есть основания: обособление удачных разработок от системы в целом неизбежно сопровождается ухудшением работы всей системы. Проблема защиты прав на РИД от несанкционированного использования в подобных ситуациях выглядит как проблема защиты именно от индивидуальных разработчиков. В свою очередь сами индивидуальные разработчики традиционно защищали свои права с помощью широкого круга вспомогательных инструментов, главным из которых являлась та же самая вертикальная интеграция: подавляющая часть индивидуальных разработчиков предлагала на рынке не собственно РИД, а услуги, связанные с ее результатами.

Тезис о низком заявленном спросе на защиту прав на РИД нуждается в уточнении. Речь идет не о любых способах защиты прав на РИД, а только о тех методах, которые могут универсально использоваться разными типами участников рынка. Собственно говоря, внутрикорпоративные разработки тоже защищаются правовыми методами, включая, например, коммерческую тайну. Однако коммерческая тайна, безусловно относясь к правовым методам защиты РИД, не является методом универсальным в том смысле, что она недоступна тем компаниям, которые не используют РИД непосредственно на последующих стадиях производства.

С другой стороны, именно отсутствие спроса на такие типы РИД, которые производились бы независимыми разработчиками, создает и отсутствие спроса на универсальные инструменты защиты со стороны потенциальных разработчиков, поскольку эта группа слабо представлена в структуре российской экономики.

Отсутствие спроса на универсальные правовые методы защиты в настоящее время не означает его отсутствие в ближайшем будущем. На создание сектора самостоятельных разработок РИД нацелена и логика экономического развития, и государственная политика, в том числе политика стимулирования инноваций. Даже скромные успехи, достигнутые на этом пути, приводят к созданию новых компаний, которые можно отнести к независимым разработчикам. Однако неудивительно, что и эти компании, выбирая направления инновационного развития, предпочитают те из них, которые позволяют получать отдачу от разработок, прибегая к традиционным для них способам защиты, в первую очередь связыванию передачи РИД с предоставлением дополнительных услуг. Это обычное проявление «эффекта зависимости от предшествующего развития».

Одним из эффектов отраслевой структуры и истории развития российской экономики является относительно низкий спрос на укрепление спроса на защиту РИД правовыми методами, которые могли бы использоваться универсально. Более того, сохранение нынешних особенностей организации производства, разработок и их

использования — в том числе сохранение крупных, вертикально интегрированных компаний в качестве основных участников рынка, финансируемых государством институтов и организаций в качестве основной единицы организации разработок — будет создавать спрос на ослабление законодательной защиты прав собственности.

Дополнительная защита прав на РИД может быть востребована разработчиками, но, надо полагать, в отдельных секторах и отраслях. Более того, отсутствуют гарантии, что удовлетворение спроса на защиту прав на РИД повысит общественное благосостояние (как показано ниже в разделе 3, де-факто повышенная защищенность производителей оригинальных лекарственных средств на российских рынках скорее всего невыгодна и для российских производителей как группы, и для российских покупателей). На этом основании мы можем сделать вывод о том, что политика изменения режима охраны прав и защиты результатов РИД может быть результативной и успешной, в том случае если принимать во внимание:

- комплексность инструментов защиты прав на РИД;
- фактическую структуру отраслей, на которые предполагается воздействовать.

Рисунок 1

Доля обрабатывающей промышленности в ВВП России:
международные сопоставления

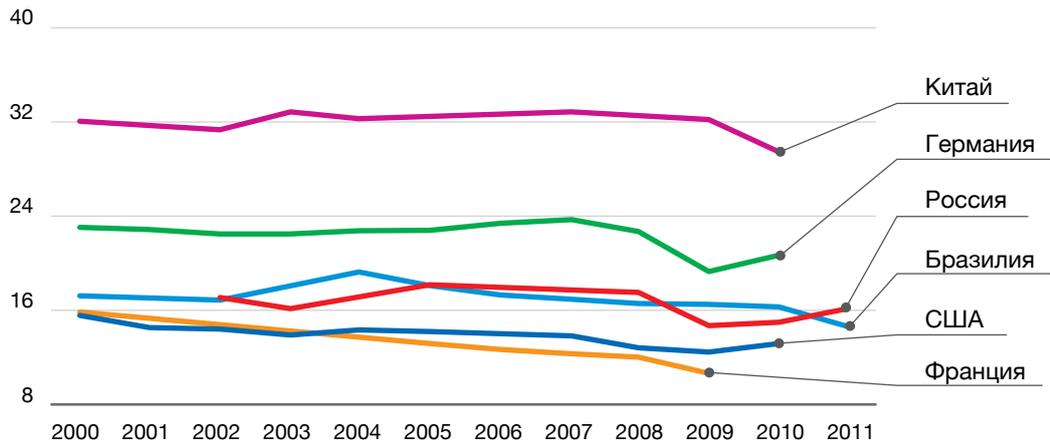


Рисунок 2

Доля нефти, газа и нефтепродуктов в ВВП России

Источник: Дробышевский С. Россия слезает с нефтяной иглы // Slon. Ru. 14.06.2012



Рисунок 3

Расходы на НИОКР, в % от ВВП

Источник: Global Innovation Index 2012, WIPO, INSEAD

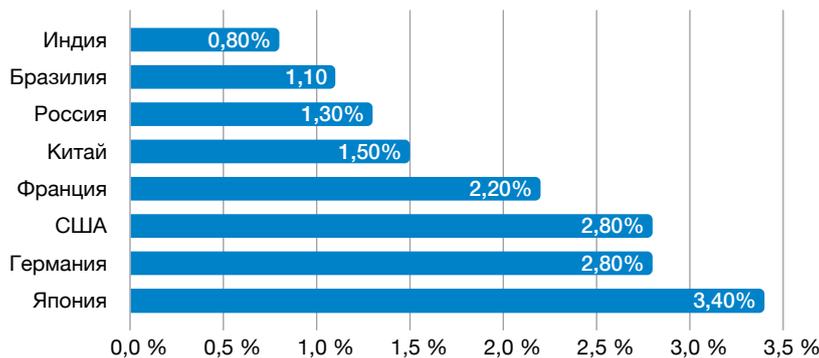


Рисунок 4

Доля затрат на закупку импортного и отечественного оборудования в общем объеме инвестиций в машины и оборудование по отраслям обрабатывающей промышленности (в %)

Источник: Голикова В. В. и др. Российская промышленность на перепутье. Что мешает нашим фирмам стать конкурентоспособными. — М.: ГУ-ВШЭ. 2007.

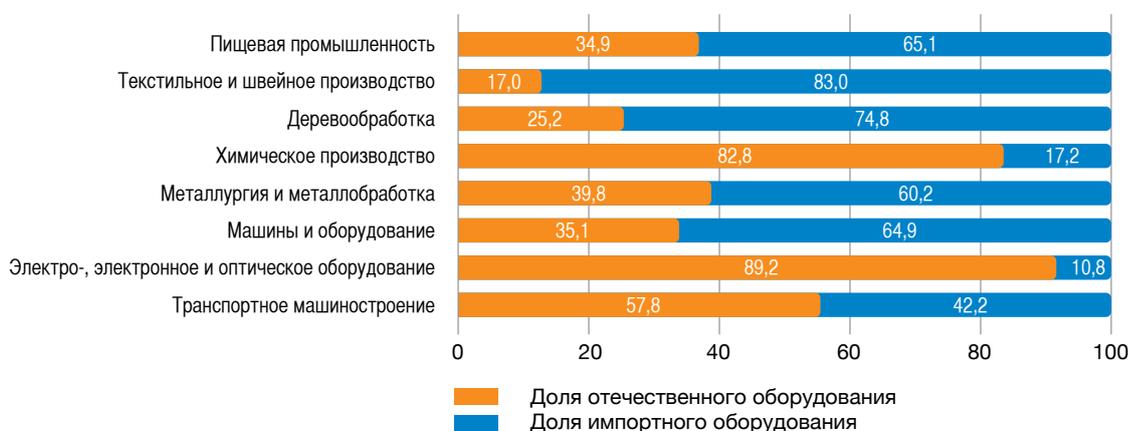
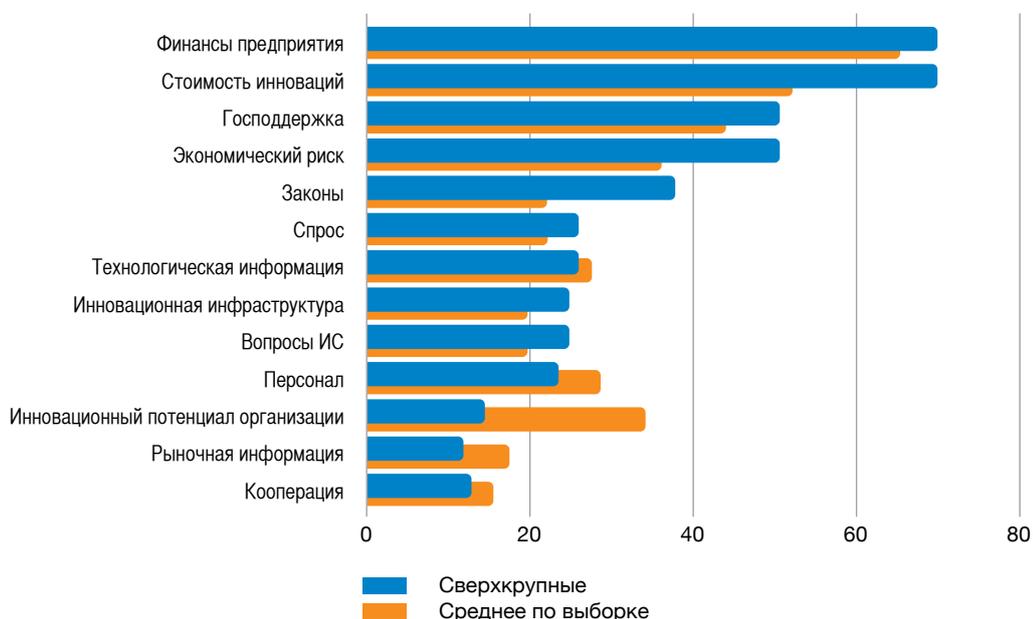


Рисунок 5

Оценка факторов, препятствующих инновациям (процент ответов «значимый» и «решающий» в общем числе респондентов для сверхкрупных предприятий – с численностью занятых свыше 10 тыс. человек – по сравнению со средними по выборке значениями)

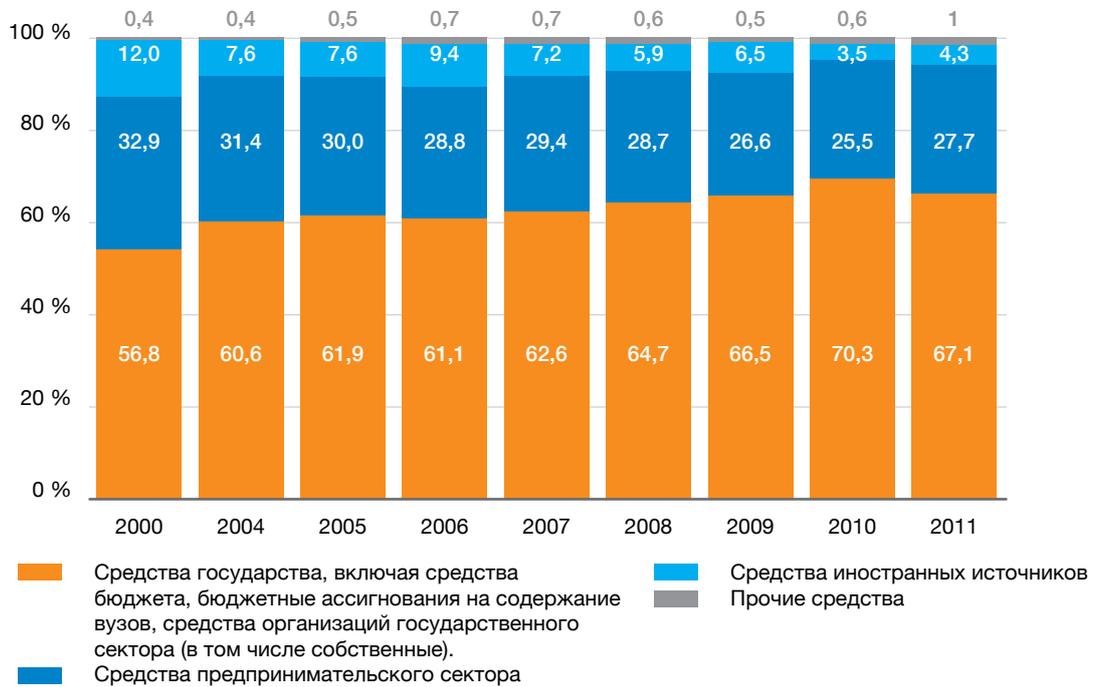
Источник: Гончар К. Р. Инновационное поведение сверхкрупных компаний: ленивые монополии или агенты модернизации? ГУ-ВШЭ, Препринт WP1.2009.02, серия «Институциональные проблемы российской экономики».



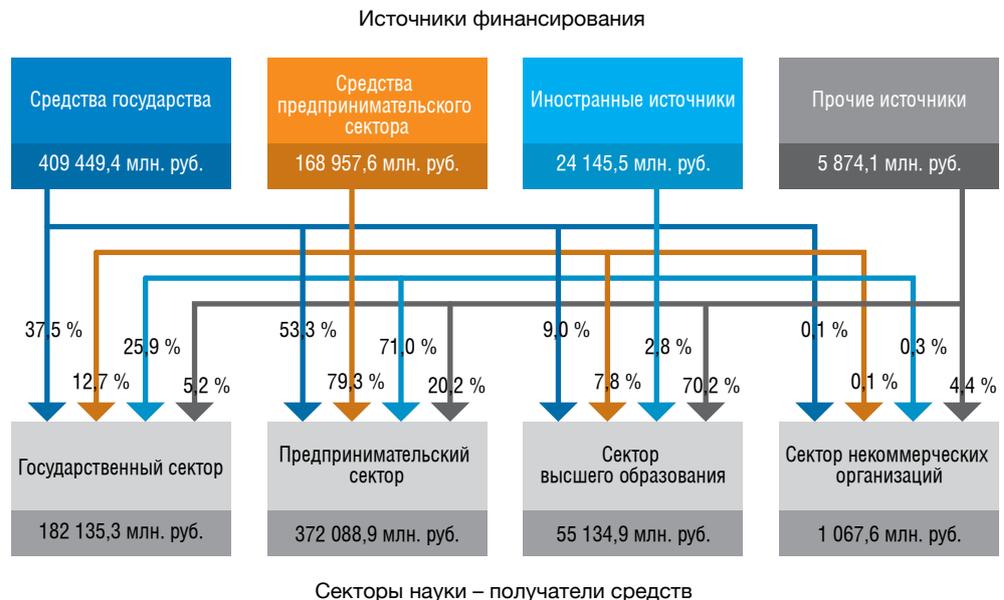
Структура финансирования и организация исследований и разработок в России

Источник: Индикаторы науки 2013 / под ред. Л. М. Гохберга, Я. И. Кузьмина, К. Э. Лайкама, И. И. Федюкина. — М.: НИУ ВШЭ, 2013.
 URL: <http://www.hse.ru/primarydata/in2013>

Структура внутренних затрат на исследования и разработки по источникам финансирования



Распределение финансирования исследований и разработок по секторам науки: 2011 год



1.2 Основные тезисы для анализа политики по защите прав интеллектуальной собственности в России

1. Не существует однозначных эмпирических и теоретических доказательств позитивного воздействия жесткого режима защиты прав интеллектуальной собственности (далее — ИС) на экономическое и социальное развитие стран. Как было показано в предыдущем разделе, воздействие на защиту прав ИС должно иметь существенную отраслевую и страновую специфику.

2. Исследования проблематики прав интеллектуальной собственности в зарубежной литературе, как правило, связаны с разделением на «развитые» и «развивающиеся» страны. Если для развитых стран режим защиты прав интеллектуальной собственности рассматривается прежде всего с точки зрения стимулов к развитию интеллектуальной деятельности и коммерциализации ее результатов, то для развивающихся стран права интеллектуальной собственности приобретают значение с точки зрения обеспечения притока прямых иностранных инвестиций (далее — ПИИ) и доступа к зарубежным технологиям. Причем если для ПИИ имеются некоторые доказательства позитивного воздействия защищенности прав интеллектуальной собственности (хотя и они неоднозначны, см. предыдущий раздел), то позитивное воздействие на доступность технологий и импорт высокотехнологичных товаров в принципе не доказано.

Следовательно, определение оптимальных для России вариантов защиты прав интеллектуальной собственности существенно связано с отношением страны к тому или иному типу экономики. Как будет показано ниже для целей анализа режимов защиты прав интеллектуальной собственности, Россия представляет собой страну со «смешанной» экономикой, где достаточно серьезный интеллектуальный потенциал одних секторов и, соответственно, потребности в защите прав интеллектуальной собственности отечественных производителей сочетаются со значительным числом отраслей, которые являются реципиентами результатов интеллектуальной деятельности, произведенных в других странах. Таким образом, мы не можем однозначно сказать, что для России предпочтителен механизм защиты прав интеллектуальной собственности, применимый в развитых странах, или что преимущество надо отдать ослаблению режима защиты интеллектуальной собственности, которое, возможно, более эффективно в странах развивающихся.

Подтверждение «смешанного» характера российской экономики можно получить на основании официальных статистических данных. С одной стороны, Россия занимает третье место в мире после США и Японии по численности персонала, занятого в исследованиях, — 846 тыс. чел. (в США — 1,4 млн чел., в Японии — 878 тыс. чел.)⁵. Однако доля России на мировом рынке наукоемкой продукции не превышает 0,5 %, а экспорт наукоемкой продукции составляет всего 2,3 % от ВВП (для сравнения: в США — 32,9 %, в Китае — 32,8 %); доля разработок, получивших правовую охрану, составляет менее 10 %, из них в коммерческом обороте находятся лишь 2,2 %⁶. Всего в России в 2011 г. было подано 31 433 патентные заявки, по сравнению, например, с 435 608 заявками в Китае, 432 289 — в США. Хотя, надо отметить, количество поданных в России патентных заявок превышает аналогичное количество в Бразилии (4 212) и Индии (15 717)⁷, традиционно рассматриваемых как развивающиеся страны, для которых усиление защиты прав интеллектуальной собственности не представляется критически важным, но которые, однако, демонстрируют существенные темпы экономического роста, в том числе в высокотехнологичных секторах экономики.

3. Зарубежные исследования показывают, что, хотя институты защиты прав интеллектуальной собственности имеют значение, их роль в общем экономическом развитии страны не следует переоценивать. Сами по себе институты защиты прав интеллектуальной собственности не являются «драйверами» экономического развития: как было показано в предыдущем разделе, есть примеры как успешно развивающихся стран с «плохими» институтами по защите прав интеллектуальной собственности, так и примеры «хороших» институтов, которые, однако, не приводят к сколько-нибудь значимым успехам в экономическом развитии. Т. е., иначе говоря, институт защиты прав интеллектуальной собственности полезен, но не является ни необходимым, ни достаточным для стимулирования развития вообще и инновационного развития в частности.

⁵ Global Competitiveness Report 2012. World Economic Forum, 2012.

⁶ Первое заседание Совета по вопросам интеллектуальной собственности при Председателе Совета Федерации // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2012. — № 6.

⁷ URL: http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/

4. Защита прав на результаты интеллектуальной деятельности не сводится только и исключительно к мерам универсально-правового характера. Рассматривая специфически отраслевые механизмы защиты и имеющиеся проблемы (см. следующий раздел), необходимо выделить как минимум следующие виды защиты.

I. Методы, не использующие правовые механизмы для защиты прав на РИДСИ:

- меры технического характера (например, использование уникальных невозпроизводимых технологий или технических решений в машиностроении);
- меры организационного характера (например, ограничение количества официальных дистрибьюторов продукции, в том числе, например, только дочерними структурами);
- политику связывания передачи РИД и предоставления услуг или продукта (т.е. продажа не РИД как таковых, а услуг по разработке и внедрению созданных на их основе технологий).

II. Специфические методы защиты, использующие правовые механизмы, не связанные с законодательством в сфере интеллектуальной собственности:

- особые формы контрактных отношений между компаниями (например, включение разнообразных ограничений в условия договора о поставке РИДСИ);
- меры государственного регулирования, прямо не связанные с регулированием прав интеллектуальной собственности (например, регулирование доступа на рынок лекарственных средств через процедуру регистрации, отраслевое техническое регулирование). Специфические правовые механизмы государственного регулирования могут формально находиться как в рамках отраслевого законодательства, так и в отраслевом разделе общеэкономического законодательства, например, таможенно-тарифное регулирование, налоговое регулирование, антимонопольное регулирование.

III. Методы, использующие правовые механизмы защиты прав на РИДСИ, специально созданные для этой цели (например, патентное законодательство).

Для оценки существующего положения дел с защитой прав на РИДСИ в отдельных отраслях и для выработки предложений по их совершенствованию необходимо рассматривать все представленные механизмы, а не только собственно специальное правовое регулирование.

Исходя из изложенного выше, в данной главе мы рассмотрим лишь общий контекст и общую аналитическую структуру исследования такой проблемы, как эффективность механизмов защиты прав на РИД, исходя из того,

что невозможно и некорректно проводить анализ эффективности этого института «вообще». Единственно разумным и с точки зрения анализа, и с точки зрения выработки рекомендаций является анализ конкретных отраслей и сфер деятельности.

1.3 Спецификация предмета исследования: проблемы экономического и правового понимания

В соответствии с Гражданским кодексом РФ (далее — ГК РФ) на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (далее — РИДСИ) распространяются специфические интеллектуальные права (ст. 1226), которые целенаправленно отделяются от прав собственности. Согласно российскому законодательству права собственности относятся к вещным правам, распространяющимся на материальное имущество. Поэтому понятие прав собственности применяется к материальному носителю (ст. 1227), но не к самим РИДСИ. Такое понимание прав собственности на результаты разработок само по себе может служить фактором, осложняющим плодотворное обсуждение экономической природы прав на РИД, связанных с производством и использованием РИД стимулов и эффектов. В частности, такое правовое определение существенно расходится с экономическим пониманием прав собственности, подразумевающим (какую бы классификацию набора прав собственности мы ни использовали) одновременно возможность контроля использования собственно разработок и возможность получения дохода от их применения.

Одна из проблем обсуждения результатов интеллектуальной деятельности (или уже — результатов разработок) и средств индивидуализации (в том числе товарных знаков и фирменных наименований) состоит в том, что выводы экономической теории в отношении общественно оптимальной длительности защиты результатов разработок и средств индивидуализации радикально различаются.

В отношении результатов разработок общественно оптимальной является временная монопольная власть инноватора, предназначенная для нахождения компромисса между стимулами к разработкам и возможностью использования разработок неограниченным числом компаний, что обеспечивает рост выигрыша потребителей. Формально данный компромисс зафиксирован в логике модели Норхауса [Nordhaus 1969]. Именно эта логика обосновывает ограниченный во времени срок действия патента. Правда, заметим, что практически ограниченную во времени монопольную власть разработчика на результаты разработок обеспечивает только патент. Разработки, созданные в рамках иерархической организации, самим режимом их использования могут защищаться неограниченное время. Фактически в этом случае права разработчиков как права на получение дохода ограничены во вре-

мени лишь конкуренцией на рынке конечного продукта, производимого на основе разработки.

В отношении же товарного знака экономическая теория предусматривает неограниченный срок защиты. Ограничение защиты во времени предполагало бы, что в определенный момент товарный знак одной компании поступает в распоряжение любой другой компании бесплатно. Нетрудно заметить отличие этого события от начала момента бесплатного использования результатов разработок. Исчерпание срока действия патента предполагает, что на основе конкретной разработки любая компания способна производить свой продукт и предлагать его покупателям. Например, фармацевтическая компания-конкурент может выпустить на рынок собственный препарат, использующий результат разработки крупной глобальной компании (дженерик, в противоположность ориджинатору). Сценарий же «исчерпания прав на товарный знак» допускал бы, что конкурент может просто продавать свою продукцию под брендом глобальной фармацевтической компании. Очевидно, что первый сценарий предполагает выигрыши для потребителей, в то время как второй их не предполагает вовсе. Отличие результата разработки от бренда состоит в том, что для правообладателя первый служит результатом деятельности, а второй — результатом оценки потребителем товара конкретной компании. С точки зрения экономики «передача» (части) прав на использование бренда возможна без потерь для потребителей только в том случае, если это использование осуществляется под контролем обладателя бренда. Например, авторизованный дилер производителя автомобилей получает права на использование соответствующего бренда при условии, что в его деятельности соблюдаются стандарты бизнеса, соответствующие требованиям компании — обладателя бренда. Контроль со стороны владельца бренда над стандартами предоставления услуг и ведения бизнеса гарантирует, что ожидания покупателей, ориентирующихся на соответствующий бренд, не будут обмануты. Безадресная передача бренда (свободное использование) была бы нонсенсом в экономическом понимании, а практически привела бы к полному обесцениванию бренда, поскольку соответствующий знак оправданно больше не связывался бы в сознании покупателя с характеристиками поставляемого товара.

Сделанные замечания не означают, что права на результаты разработок и права на товарный знак не имеют ни-

чего общего с экономической точки зрения. На уровне теории в обоих случаях речь идет о правах собственности владельцев, обладающих правом на защиту. Ни в одном, ни в другом случае экономическая теория не рассматривает в качестве общественно-оптимального «неограниченные» права. Но заметим, что пределы этих прав, предписываемые экономической теорией, различаются в соответствии с различиями объектов. Применительно к правам собственности на результаты разработок экономика говорит о желательности ограничения прав разработчика во времени (например, о конечном сроке действия патента). Применительно к правам собственности на средства идентификации — о целесообразности ограничения прав на коммерческое использование продукта после первой продажи (например, о нежелательности регулирования продавцом минимальной цены перепродажи или запрете на параллельный импорт). Однозначные выводы и рекомендации могут осложняться тем, что в некоторых случаях разработка включена в продукт, и конкретные правовые нормы (или исключения из них) могут защищать права как разработчиков, так и владельцев бренда. Тем не менее при обсуждении последствий усиления и ослабления режима защиты прав необходимо четко иметь в виду, о каких именно правах — правах разработчика или правах владельца бренда — идет речь: их правовое объединение в одну категорию может существенно осложнять выводы и рекомендации по конкретным проблемам защиты прав обладателей РИДСИ, поскольку все возможные решения неизбежно распадаются на две группы — собственно разработки и способы идентификации.

В то же время в мировой и российской экономической литературе, а равно и в повседневной лексике небезосновательно укоренилось понятие «интеллектуальная собственность», отражающее содержательную близость между правами собственности на материальное имущество и на РИДСИ с экономической точки зрения. Право собственности, понимаемое с позиций одной из наиболее влиятельных в настоящее время школ экономической мысли — новой институциональной экономической теории, подразумевает набор институтов, определяющих субъекта права, объект права и набор правомочий, которыми субъект обладает в отношении объекта [Шаститко 2010, с. 158–165]. Виды этих правомочий по-разному описываются в разных юридических и экономических источниках. К примеру, по ГК РФ право собственности включает права владения, пользования и распоряжения (ст. 209 ГК РФ). Среди альтернативных вариантов списков правомочий собственности можно выделить, в частности, списки Оноре, Пейовича и Остром (подробнее см. [Шаститко 2010, с. 160–177]).

Интеллектуальные права тоже подразумевают набор прав, которыми их владелец (субъект) обладает в отношении объекта интеллектуальных прав. Более того, между рядом правомочий в составе права собственности и правомочий в составе интеллектуальных прав можно провести непосредственные параллели. К примеру, правомочия пользования и распоряжения вполне могут применяться

и в отношении РИДСИ, будучи элементами интеллектуальных прав.

Поэтому здесь и далее мы переходим от термина «интеллектуальные права» к термину «права интеллектуальной собственности» (далее — права ИС, в англоязычном варианте — Intellectual Property Rights, IPR). Следует также отметить, что принятый в российском законодательстве термин «результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации», во-первых, является весьма редким с точки зрения зарубежной правовой и экономической литературы, во-вторых, согласно законодательству подразумевает включение закрытого списка возможных объектов. Чтобы не распространять эти ограничения на дальнейший анализ, мы будем говорить не о РИДСИ, а об объектах интеллектуальной собственности (далее — объекты ИС), подразумевая, что эти два множества объектов по большей части пересекаются. Во всяком случае, в контексте данного исследования возможные различия между множествами РИДСИ и объектов ИС в целом непринципиальны.

Различные типы прав ИС также требуют различных подходов к анализу и регулированию. Классификации прав ИС, представленные в разнообразных источниках, в целом схожи. В российском законодательстве фактически выделяются авторские права (и смежные права), патентные права (в том числе по отдельным категориям благ), права на коммерческие секреты и права на средства индивидуализации (бренд). Согласно классификации Всемирной организации интеллектуальной собственности в составе прав ИС можно выделить промышленную собственность и копирайт. Промышленные права собственности включают в себя права на изобретения (патентные права), на торговые марки, на промышленные образцы и географические названия. Копирайт подразумевает права создателей произведений науки и искусства в широком смысле слова, а также смежные права. П. Дэвид включает в анализ патенты, копирайт и торговые секреты [David 1993], Н. Кинселла — патенты, копирайт, торговые секреты и торговые марки [Kinsella 2008]. Эти классификации в целом дают представление о круге прав, рассматриваемых в рамках ИС; в данном разделе мы в большей степени уделим внимание патентам и авторским правам, поскольку они имеют непосредственное отношение к продуктам инновационной деятельности.

Сложившаяся система интеллектуальной собственности — фактически лишь одна из дискретных альтернатив организации обращения объектов ИС и обеспечения инновационной активности. Например, М. Кэрролл [Carroll 2009] оценивает альтернативы с точки зрения трех критериев: (1) возможность оценки произведений или изобретений частными лицами и/или государством; (2) сравнительные издержки на администрирование альтернативы; (3) факторы политической экономии — оценки разных альтернатив с политической точки зрения. Анализируя систему прав ИС по указанным критериям в сопоставлении с другими альтернативами, М. Кэрролл приходит к выводу о том, что защита прав ИС более привлекательна и что именно по-

этому она закрепились и рассматривается как «нулевая» опция. В то же время применение одних и тех же прав ИС одинаковым образом ко всем объектам ИС представляется необоснованным и выливается в «издержки единообразия». В связи с этим М. Кэрролл предлагает настраивать систему ИС в рамках конкретных ситуаций с учетом выделенных им критериев.

В ходе настоящего исследования акцент будет сделан на проблематике прав интеллектуальной собственности, используемых в процессе генерации инноваций, т. е. фактически для создания новой стоимости. Иными словами, меньше внимания будет уделено вопросам анализа результатов творческой интеллектуальной деятельности и деятельности в области искусства, проблематики товарных знаков, находящихся вне связи с организацией новой стоимости.

Исходя из вышесказанного, в качестве предметов исследования рассматриваются:

- влияние юридических норм на стимулы инвестирования в РИД, используемые для создания новой стоимости;
- механизмы управления транзакциями по поводу результатов исследований и разработок, используемые в процессе создания новой стоимости, в частности, их зависимость от действующих юридических норм.

1.4 Сравнительный анализ способов спецификации и защиты прав на ИС; анализ рыночного, гибридного и иерархического механизма управления трансакциями при передаче прав на ИС

Представляется необходимым обозначить несколько проблем, традиционно рассматриваемых при решении вопроса о предпочтительных режимах защиты прав интеллектуальной собственности.

1. Стимулы инвестирования в РИД зависят от возможности получить ренту за счет использования РИД. Это стандартная проблема соотношения низких издержек копирования РИД и существенных затрат на их создание. В данном контексте возникает типично институциональная проблема: какие именно права собственности (правомочия) должны быть защищены, чтобы давать возможность поддерживать цену на рынке и длительность периода от момента получения РИД до момента бесплатного копирования, и какие именно правовые нормы поддерживают конкретные права собственности? Этот вопрос важен потому, что существуют две опции выбора:

(а) выбор между альтернативными инструментами защиты дохода от инноваций в зависимости от действующих юридических норм;

(б) выбор между альтернативными механизмами управления трансакциями по поводу передачи результатов разработок. При этом возникает типичная ситуация: два альтернативных инструмента, одинаково удовлетворяющие создателей РИД, оказывают разное воздействие на покупателей, фактических и потенциальных конкурентов и общественное благосостояние. Представим себе, например, такую гипотетическую ситуацию. Права разработчиков лекарственного препарата — при отсутствии потенциальных поставщиков, готовых платить приемлемую для автора разработки цену, — одинаково хорошо защищены режимом коммерческой тайны и патентом. Пренебрежем на секунду тем обстоятельством, что правила регистрации лекарственных средств требуют раскрытия информации о разработке и испытании препарата. В том случае если опции патента и коммерческой тайны для обладателя разработки равнозначны *ex ante*, они весьма неравнозначны для общества [Friedman, Landes, Posner 1991]. Режим патента предполагает, что информация о разработке существует, а значит, не исключено появление на рынке потенциального конкурента, способного производить

новый препарат с более низкими затратами, а следовательно, и предложить разработчику за патент сумму, превышающую прибыль самого разработчика. Патент дает возможность для Парето-улучшения: благодаря самой информации о возможности использовать разработку могут повыситься выигрыши либо разработчика, либо нового продавца, либо покупателей, а возможно, и всех вместе. Именно на этой идее и основаны правила регистрации лекарственных препаратов: информация о разработке доступна широкому кругу заинтересованных лиц, но при этом в течение продолжительного периода времени права разработчика на доход защищены. Система гарантирует, что покупатели начнут получать выигрыши от снижения цен вскоре после завершения срока патентной защиты, поскольку производители товаров-заменителей заранее готовятся к выводу на рынок более дешевого аналога. Однако такая логика применима ко многим патентуемым разработкам. Для общества патентная защита с раскрытием информации о содержании разработок предпочтительнее режима коммерческой тайны.

Основой разработок, предназначенных для коммерческого использования, является выбор адекватного механизма управления трансакциями по передаче прав на их результаты. В предельном случае невозможность выбрать адекватный механизм управления трансакциями приведет к решению отказаться от создания РИД в принципе. Выбор неадекватного механизма передачи прав снижает стимулы создания РИД. Однако выбор механизма управления трансакциями по поводу РИД также оказывает воздействие на процесс их создания. Традиционная для выбора механизма управления трансакциями проблема — наилучшую защиту от потенциального оппортунизма, характерного для рыночных трансакций, предоставляет иерархия (в рамках иерархии исчезает проблема *hold up*), однако та же самая иерархия создает основания для оппортунизма в рамках внутрифирменных отношений (прежде всего «отлынивания») — в сфере создания РИД обостряется необычайно. Особенность РИД состоит в том, что, с одной стороны, вложения в них являются высокоспецифичными, с другой — для их создания необходимы сильные стимулы инноваторов (в том числе нематериальные). Дилемма проявляется в том, что инвестировать

в разработки, которые могут выступать объектами hold-up, нет стимулов. В рамках иерархического механизма права разработчиков защищены, однако возникает иная проблема. Поскольку в рамках фирмы нет возможности сформировать столь же сильные стимулы, как в рыночных транзакциях, и поскольку почти любые механизмы управления внутри иерархии создают отрицательные стимулы для рискованных действий, и поскольку в рамках иерархии конкретные создатели РИД никогда не получают выигрыш, адекватный их результату (в силу диверсификации инвестиций в РИД в иерархии), — то в рамках иерархии на индивидуальном уровне стимулы к созданию РИД субоптимальны. Именно в связи с возникновением такого рода дилеммы появляются варианты решений, в которых предпринимается попытка совместить сохранение сильных стимулов с нивелированием проблемы вымогательства. В качестве варианта — приобретение бизнеса (контрольного пакета) с правами на РИД при условии, что первоначальные владельцы бизнеса, управлявшие компанией, продолжают выполнять функции управления и владения значительным пакетом акций.

Существует ли возможность решить эту проблему? Безусловно, однако не для всех РИД, а лишь для некоторых. Нельзя решить проблему исключения из иерархического механизма тех РИД, которые являются идиосинкратическими, в том случае, когда существует только один заказчик (единственный возможный партнер по созданию стоимости). Тем не менее такая возможность имеется, если речь идет об оборотоспособных РИД, обладающих не 100%-й специфичностью. В этом случае осуществляемый выбор между альтернативными механизмами управления транзакциями зависит в том числе от действующих правовых норм. Возьмем для примера продажи лицензионных ИТ-продуктов. Если поддержание минимальной цены на «коробочное» ПО разрешено, то продавать его будут независимые дилеры (при гибридных механизмах управления транзакциями их примером являются условия франчайзинга 1С и некоторых других компаний). Если запрещено, бизнес ИТ-компании будет организован так, чтобы не задействовать дилеров. И вновь альтернативные решения, в отношении к которым разработчик может быть безразличен, оказывают разное воздействие на стимулы.

В следующем разделе эти вопросы будут рассмотрены применительно к конкретным отраслям. Однако необходимо подчеркнуть, что проблема выбора механизмов управления транзакциями имеет общее значение как для перспектив развития РИД, так и для перспектив изменения конкурентной среды. При этом следует иметь в виду, что вытеснение из хозяйственной практики гибридных механизмов управления транзакциями ведет не к развитию рыночных транзакций, а к преобладанию иерархических механизмов. Стремление запретить те условия договоров, которые выглядят как противоречащие модели совершенного рынка, может привести к противоположному результату — вытеснению гибридных соглашений между независимыми участниками рынков иерархическими инструментами координации. Запрет или ограничение при-

менения универсальных правовых инструментов защиты прав РИД не окажет воздействия на те секторы, где РИД создается и используется в рамках вертикально интегрированных компаний. Но в тех секторах, где передача РИД возможна в виде передачи лицензий с ограничивающими условиями или в рамках связанных продаж — РИД вместе с сопутствующими услугами, — проконкурентные на первый взгляд действия способны привести к противоположному результату.

На рынках РИД решение непосредственных задач развития конкуренции состоит в том, чтобы сохранить возможности для использования гибридных механизмов управления транзакциями, поскольку альтернативой им является применение иерархических механизмов, которое приводит к ухудшению перспектив входа на рынок новых участников.

1.5 Стимулы, издержки и выгоды различных заинтересованных групп

Режим регулирования спецификации и защиты прав ИС определяет выгоды и издержки следующих заинтересованных групп:

- уже существующих производителей РИД на территории государства;
- резидентов — потенциальных производителей РИД на территории государства;
- нерезидентов — потенциальных производителей РИД на территории государства;
- резидентов — потенциальных производителей РИД на территории других стран;
- иностранных производителей РИД;
- потребителей РИД на территории государства;
- государства как участника рынка, предположительно стремящегося к максимизации общественного благосостояния и осуществляющего для этого перераспределение благосостояния через государственный бюджет.

При этом указанные группы также внутренне неоднородны, например, производители РИД могут быть разделены на крупный бизнес и малые компании. Кроме того, процесс производства РИД, как и любого другого продукта, может быть рассмотрен в качестве «цепочки создания стоимости», и участники процесса на разных этапах создания РИД могут иметь неодинаковые интересы.

Выбор режима регулирования для каждой отрасли — политический выбор, определяющий баланс выгод и издержек для всех обозначенных заинтересованных групп.

С одной стороны, режим регулирования спецификации и защиты прав ИС создает сильные стимулы для производителей к созданию только тех РИД (РИД в тех отраслях), которые имеют эффективный режим защиты.

С другой стороны, невозможность защиты отдельных РИД (РИД в отдельных отраслях) приводит к отсутствию производителей, а значит, и спроса на соответствующие институты регулирования.

Принятие решения о возможности и способе передачи прав ИС (о способе производства РИД) на микроуровне определяется следующими факторами:

- степенью специфичности РИД;

- частотой транзакций для получения необходимого объема прав для использования РИД;
- степени неопределенности деловой среды (в целом);
- характеристиками РИД, определяющими возможные методы защиты прав ИС, в том числе специфические отраслевые законодательные механизмы, и практикой их правоприменения;
- законодательным регулированием специальных правовых механизмов защиты прав ИС и практикой их применения;
- зависимостью результатов использования РИД от последующих усилий передающей и принимающей его стороны.

Существуют примеры того, как изменение доступных инструментов защиты прав разработчиков и их действенности приводило к изменению модели управления транзакциями на последовательных этапах технологической цепочки. Например, расширение патентных прав в 1982 и 1991 гг. на РИД в биотехнологической отрасли обезопасило исследовательские стартапы при взаимодействии с крупными фармацевтическими фирмами, имеющими значительное преимущество в направлении тестирования и продвижении технологии, что в результате привело к разделению исследовательских и коммерческих функций и росту числа небольших исследовательских лабораторий [Barnett 2012].

Подчеркнем еще раз, что абстрактно рассматривать выгоды и издержки различных групп при использовании разных инструментов защиты прав ИС (правовых и неправовых) вне контекста конкретной отрасли представляется бессмысленным занятием. Необходимый анализ будет приведен в соответствующих отраслевых разделах. Вместе с тем неоднородность групп, которые могут быть заинтересованы в укреплении или ослаблении защиты РИД, ставит важную проблему того, какая позиция окажется более четко выраженной в общественных дискуссиях. В данном случае действует универсальная закономерность: гораздо лучше защищает свои интересы консолидированная группа, состоящая из более или менее однородных участников, что служит проявлением широко известной проблемы коллективных действий. В частности, это означает, что если на рынке значительную долю занимают крупные компании, стремящиеся к принятию нормы, повышающей их рыночную власть и цены, то они имеют гораздо больше шансов добиться нужных изменений в законодательстве, чем покупатели — предотвратить это изменение. Эта закономерность просле-

живается, невзирая на то что изменение благосостояния покупателей по абсолютному значению превышает изменение благосостояния продавцов: благодаря действию закона спроса при повышении цены выигрыш покупателя всегда снижается на большую величину, чем растет прибыль продавцов. Консолидированная группа обычно выигрывает политическую конкуренцию у неконсолидированной, даже если последняя осуществляет больший объем экономической активности. Примером такого изменения благосостояния является усложненная система регистрации лекарственных средств, разобранный ниже в разделе 3. Российская система регистрации перераспределяет благосостояние от производителей дженериков к производителям оригинальных препаратов, откладывая по времени вход первых на российский рынок. При этом очевидны потери потребителей лекарственных средств. В момент обсуждения и принятия соответствующих норм сторона, представляющая дженерики, понимала, что система регистрации сокращает ее выигрыши. Однако, поскольку производители дженериков более разрозненны, чем производители оригинальных препаратов как группа интересов, а покупатели как группа интересов в процессе принятия решений представлены очень слабо, итоговое решение было принято именно так, как предсказывает закономерность коллективных действий.

Выраженные и имеющие поддержку предложения по изменению действующих правил, отражающие позицию консолидированных групп интересов, скорее всего, представляют позицию крупных немногочисленных участников рынка. Применительно к правам разработчиков РИД это означает, что наибольшую поддержку могут получить либо предложения по избыточному укреплению защиты прав на РИД (производство лекарственных средств), либо предложения по избыточному ослаблению защиты прав на РИД.

При оценке последствий принятия конкретного набора рекомендаций необходимо учитывать, интересы какой именно группы данные рекомендации представляют и как интересы этой группы соотносятся с интересами других групп, целевых для экономической политики, в том числе с интересами конечных покупателей и продавцов, поддержка которых входит в программу государственной экономической политики.

1.6 Соотношение политики защиты прав на РИДСИ и других аспектов экономической политики

Политика защиты интеллектуальной собственности может рассматриваться как один из видов государственной политики по стимулированию инноваций, наряду с другими направлениями политики, включая промышленную и конкурентную политику. Как уже указывалось выше, эти направления могут быть взаимодополняющими (если, к примеру, сильная защита прав ИС в сочетании с успешной конкурентной политикой обуславливает высокую дополнительную прибыль от инновации [Aghion, Howitt, Prantl 2012]), взаимозаменяемыми (если, к примеру, активная конкуренция может обеспечить стимулы к инновациям и в отсутствие защиты прав ИС [Jansen 2009]) или даже конфликтующими (если считать, что интеллектуальная собственность является фактором монополизации [Boldrin, Levine 2008]). Следует, правда, оговориться, что и конкурентная, и промышленная политика имеют к тому же и другие цели, поэтому их нельзя, строго говоря, отождествлять с инновационной политикой как политикой, непосредственно ставящей своей целью создание и внедрение инноваций

Выработка оптимальной комбинации мер государственной политики требует рассмотрения не только теоретических и эмпирических моделей в рамках исследований отраслевых рынков, но и обобщения опыта государственного регулирования в разрезе изучения отдельных стран и эмпирического анализа выборок стран. В последние годы в указанном направлении также появились некоторые важные работы.

В ежегодном докладе ВОИС об интеллектуальной собственности от 2011 г. была опубликована сводная таблица различных направлений инновационной политики, которая в сокращенном виде приводится далее (Таблица 1) [WIPO, 2011, р. 82–85]. В данном случае имеются в виду меры по непосредственному стимулированию инноваций.

ВОИС выделяет три основных вида инструментов стимулирования инноваций: (1) политика, предполагающая финансирование и реализацию непосредственно государством; (2) политика, предполагающая государственное финансирование при реализации частным бизнесом; (3) политика, предназначенная для поддержки разработок, финансируемых и реализуемых частным бизнесом.

В рамках анализа отмеченных форм инновационной политики эксперты ВОИС указывают на различные виды объектов ИС, которым способствуют разные формы политики. Безусловно, фундаментальные исследования требуют прямого государственного участия, поскольку

рыночного финансирования с высокой степенью вероятности им не найти, тогда как поддержка прав ИС и разных форм частно-государственного взаимодействия будет ориентирована в большей мере на рыночные сигналы.

Эксперты ВОИС проводят разграничение также по принципам *pull* («тянуть») или *push* («толкать») [WIPO 2011, р. 82–85]. Принцип *pull* основан на рыночном вознаграждении, при котором инноватор получает награду лишь при условии успешной реализации своих проектов и продажи результата. В случае реализации принципа *push* финансовый стимул достается инноватору в любом случае. Таким образом, принцип *pull* представляется более оправданным с точки зрения реализации непосредственно востребованных потребителями коммерциализируемых инноваций. На основе этого принципа строится система защиты прав ИС, система государственных вознаграждений и отчасти система госзакупок. Принцип *push* относится к системе непосредственного государственного производства инноваций, а также к системам субсидий, частично — льготных кредитов и налоговых льгот. Недостаток рыночных стимулов вроде бы менее интенсивно подталкивает предпринимателей к инновациям, но принцип «толкай» может быть полезен при сомнениях в успешной коммерциализации и даже в получении позитивного результата и при одновременной социальной важности данного направления, к примеру, в случае фармацевтики.

Существенную роль играют также сроки финансирования. Как справедливо отмечают эксперты ВОИС, для реализации крупных рискованных проектов, а также при недостаточно развитой финансовой системе, в которой ощущается недостаток «длинных денег», как в России, полезными могут оказаться инструменты с заблаговременным финансированием (*ex ante*): речь может идти о прямом государственном финансировании, государственном субсидировании, льготных кредитах.

Важно и различие в субъекте решения. В случае политики защиты прав ИС или политики льготного налогообложения решения о реализации инновации принимаются фирмами децентрализованно, что теоретически повышает эффективность инновации, поскольку фирмы могут быть лучше осведомлены о конкретном рынке, чем государственные органы. Однако не для всех типов инноваций децентрализованные решения являются наилучшими. В том случае, когда разработка обеспечивает низкие частные, но высокие общественные выигрыши, централизованное решение о разработках может быть оправдано. Это отно-

Таблица 1 – Инструменты инновационной политики: классификация ВОИС

Основные черты	Финансирование	Субъект отбора инноваций	Критерий отбора инноваций	Основные преимущества	Основные недостатки	
Финансируется и реализуется государством						
Государственные исследовательские организации	Сфера общественных благ (оборона, здравоохранение); не требуется коммерциализация	Финансирование издержек проекта ex ante	Правительство	Государственные интересы, мнение сообщества	Развитие фундаментальной науки	Неясен конкретный результат
Академические исследования	Фундаментальная наука; не требуется коммерциализация	Финансирование издержек проекта ex ante	Правительство, университеты, меценаты	Государственные интересы, мнение сообщества	Развитие фундаментальной науки	Неясен конкретный результат
Финансируется государством, реализуется частными фирмами						
Государственные закупки	Госзакупки конкретных инновационных товаров	График финансирования зависит от контракта	Правительство	Конкуренция ex ante	Использование механизмов конкуренции для предоставления общественного блага	Сложность составления полных контрактов
Государственное субсидирование	Господдержка исследований в определенных целях	Финансирование ex ante на основе ожидаемых издержек	Правительство, компании	Конкуренция, административное решение	Использование механизмов конкуренции для общественной выгоды	Плохая информированность государства о потенциале проектов
Вознаграждения (призы)	Вознаграждения за решение конкретных проблем	Финансирование ex post на основе информации об издержках, рассчитанных ex ante	Правительство	Конкуренция	Использование механизмов конкуренции для общественной выгоды; последующее упрощенное распространение инновации	Сложность составления полных контрактов; требуется частное финансирование ex ante
Льготные кредиты	Предоставление кредита по сниженным ставкам, с госгарантиями, гибким графиком погашения	Финансирование издержек проекта ex ante	Правительство, компании	Административное решение	Снижение рисков при крупных проектах в сфере исследований и разработок	Асимметричная информация об итогах проекта; не решает проблемы с получением фирмой доходов
Налоговые льготы и иные фискальные послабления	Пониженный налог на прибыль (доходы) при инвестировании в исследования и разработки	Финансирование ex post на основе фактических расходов	Компании	Наличие доказательств инвестиций в исследования и разработки	Децентрализованные решения в сфере исследований и разработок	Требуется частное финансирование ex ante; не решает проблемы с получением фирмой доходов
Финансируется и реализуется на частной основе						
Права ИС	Эксклюзивный доступ на рынок	Финансирование ex post на основе рыночной оценки инновации	Компании	В соответствии с законодательством о правах ИС (патентуемые инновации)	Децентрализованные решения в сфере исследований и разработок	Требуется частное финансирование ex ante; вероятно неэффективная аллокация ресурсов.

Источник: [WIPO 2011, p. 85]

сится практически ко всем разработкам, предназначенным для общественных благ.

Безусловно, существуют и иные факторы выбора альтернатив инновационной политики, в частности стоимость политики для государства, угрозу последующей монополизации, подробнее рассмотренную ранее.

Здесь вслед за экспертами ВОИС важно указать, что разные формы инновационной политики могут оказаться частично взаимозаменяемыми, но их эффективность зависит от свойств самого блага и его правовых характеристик, от особенностей рынка.

Например, предоставление налоговых льгот (в том числе в рамках свободных экономических зон) может рассматриваться как инструмент политики, замещающий укрепление защиты прав на РИД. В обоих случаях поддержка предполагает децентрализованные решения компаний относительно выбора объекта инноваций и способа их реализации. Последнее в свою очередь создает некоторую угрозу ограничения конкуренции и сдерживания кумулятивного процесса инноваций. Также в обоих случаях компаниям требуется привлекать *ex ante* частное финансирование для своих проектов, а компенсацию они получают только *ex post*, что подразумевает риски для инноваторов.

Вместе с тем в случае налоговых льгот часть рисков и издержек переходит на государство (в зависимости от конкретного дизайна мер поддержки), поскольку фискальные льготы будут применены к компаниям при любой степени успеха инновации, т.е. в данном случае отчасти реализуется тип механизма поддержки *push*.

Хотя по ряду параметров политика создания зон со специальным налоговым режимом напоминает политику защиты прав собственности, эти два направления в целом являются взаимодополняющими, поскольку налоговые льготы сами по себе не решают проблемы получения дохода от инновации: доход возможен только в случае защищенных прав ИС. Можно говорить о том, что допустима некоторая степень замещения между политикой поддержки прав ИС и политикой налоговых льгот в том смысле, что последние снимают часть рисков с инноватора и, таким образом, делают допустимым некоторое повышение рисков в части защиты прав ИС. Иными словами, в случае наличия значительных рыночных рисков для успеха создаваемых инноваций, помимо хорошо защищенных прав ИС, полезным оказывается и льготный налоговый режим. Если же вероятность востребованности инноваций высока, налоговые льготы дают возможность реализации инноваций при несколько более низком уровне защиты прав на РИД.

Несколько иначе выглядит сочетание политики защиты прав ИС со специальным экономическим режимом в части вероятного льготного доступа к кредитным ресурсам, включая использование госгарантий. В этом случае риски для инноваторов снижаются в еще большей степени, поскольку они получают доступ к финансированию *ex ante*,

то есть тип стимулирования *push* становится еще более ярко выраженным. В подобной ситуации риски значительно сокращаются, но снижаются и рыночные стимулы, к тому же децентрализованное решение об инновациях в значительной степени заменяется административным, что подразумевает существенно меньший учет рыночных сигналов. Однако при этом льготное кредитование не снимает проблему получения дохода от инновации, а следовательно, инноваторам все равно потребуется достаточный уровень защиты прав ИС для обеспечения возврата кредита и получения прибыли.

Таким образом, политика создания специальных экономических условий в виде доступа к кредиту на льготных основаниях также является взаимодополняющей с политикой защиты прав ИС, хотя снижение рисков за счет переноса их на государство делает возможным некоторое повышение рисков в части защиты прав ИС для инноватора.

Ниже, при отраслевом анализе, вопросы взаимосвязи различных мер государственной политики и собственно защиты прав ИС будут рассмотрены более подробно.

Подводя итоги, следует сказать, что повышение/ослабление защиты прав на РИД может быть как заменено, так и компенсировано использованием других инструментов государственной экономической политики. Как и вопросы определения уровня защиты, вопросы замещения и дополнения защиты РИД и других инструментов экономической политики решаются с учетом особенностей конкретной отрасли.

2. Соотношение политики защиты прав на РИДСИ и конкурентной ПОЛИТИКИ

Принимая во внимание российский контекст дискуссии и политики в отношении РИДСИ, особо следует рассмотреть вопрос о соотношении политики защиты прав на РИДСИ и конкурентной политики.

В результате внесения изменений в российское законодательство — норм, предусматривающих применение оборотных штрафов за нарушение требований антимонопольного законодательства (в первую очередь ст. 14.31 и 14.32 КоАП РФ), а также после появления первых случаев выплаты миллиардных штрафов (по результатам рассмотрения дел против «большой четверки»⁸), стало очевидно, что изменения в сфере антитраста имеют системное значение для российского бизнеса. На ближайшую перспективу в числе актуальных значится вопрос обеспечения сбалансированности антимонопольных запретов и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности. В связи с поиском решения данной задачи возникает множество частных вопросов. В их числе:

- соотношение конкуренции, нововведений и прав на результаты интеллектуальной деятельности;
- возможности злоупотребления правами на защиту конкуренции и возможности злоупотребления правами на результаты интеллектуальной деятельности;
- международный контекст поиска баланса между защитой прав на результаты интеллектуальной деятельности и антитрастом;
- возможности выбора различных режимов защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Вопрос о соотношении антитраста и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности стал особенно актуальным в связи с инициацией процедур по подготовке предложений о внесении изменений в закон «О защите конкуренции» и Гражданский кодекс РФ, которые направлены на изменение сложившегося баланса антимонопольных запретов и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности⁹.

8 В данном случае речь идет о крупных российских нефтяных компаниях, которые в период с 2008 по 2011 гг. неоднократно были объектами антимонопольных расследований и участниками судебных дел.

9 URL: <http://izvestia.ru/news/543396#ixzz2lsQYyPpW>.

2.1 Соотношение защиты конкуренции и прав на результаты интеллектуальной деятельности: постановка проблемы

Антитраст — набор запретов, направленных на защиту конкуренции посредством применения исключений к принципу свободы договора, зафиксированного в ст. 421 ГК РФ, общие принципы которого сформулированы в ст. 10 ГК РФ. Антимонопольные запреты, которые сконцентрированы в первую очередь в законе «О защите конкуренции», предполагают частичное размывание (ослабление) права собственности, если объяснять эффекты такого рода запретов в терминах теории прав собственности¹⁰. Однако из сказанного не следует, что антитраст в своей основе противоречит идее защиты (ослабления защиты, если рассматривать в контексте современной дискуссии) прав на РИДСИ.

При обсуждении соотношения конкуренции и защиты прав на РИД или РИДСИ многие кажущиеся противоречия являются результатом путаницы. В первую очередь объектом путаницы становится противопоставление рыночной власти и конкуренции по поводу РИД на том рынке, где используется РИД. Вопрос о том, должна ли предоставляться разработчику РИД временная монопольная власть (ни один из универсальных правовых механизмов не обеспечивает постоянную монопольную власть разработчика), смешивается с вопросом о том, какая структура рынка продукта, использующего РИД, обеспечивает более высокие стимулы для инноваций.

Последствия возникшей путаницы весьма серьезны, тем более что ответы на данные вопросы принципиально различаются. В отношении прав на РИД общественно оптимальным решением является предоставление разработчику временной монопольной власти.

Иной ответ дает экономическая теория на вопрос о том, какая структура рынка обеспечивает более высокие стимулы к инновациям. Конкуренция на товарном рынке создает, при прочих равных, такие условия, которые обеспечивают более сильные стимулы для использования инноваций, снижающих издержки или создающих новый продукт. В основе этого вывода лежит простая логика. Пусть у нас есть прибыль, которую получает компания после внедрения инновации. Стимулы к инновациям в этом подходе измеряются дополнительным выигрышем инноватора — разницей между прибылью после и до внедрения инновации. Прибыль после внедрения инноваций

не зависит от того, действовала ли компания до инновации на данном рынке в условиях конкуренции или была монополистом. Но вот прибыль до инновации от структуры рынка зависит. Прибыль до инновации при прочих равных условиях выше у монополиста, следовательно, в результате инновации он получает меньший дополнительный выигрыш. Соответственно, при прочих равных условиях он готов тратить на инновации меньшие суммы.

Данный эффект, известный как эффект замещения, был описан Кеннетом Эрроу более пятидесяти лет назад [Arrow 1962] и до сих пор считается одним из наиболее фундаментальных и важных в рамках дискуссии об эффектах различных режимов защиты, а также условий и результатов создания РИДСИ.

Иначе обстоит дело с защитой прав на результаты разработок. Защита прав на РИД — важнейшее условие воспроизводства стимулов для их создания¹¹. Действительно, если предположить свободный доступ к РИД упомянутой выше компании, действующей на рынке в условиях конкуренции, со стороны ее конкурентов, то экономическая прибыль практически сразу станет равной нулю. Кажется, что общественное благосостояние в данном конкретном случае может увеличиться. Однако ожидание такого сценария со стороны потенциально правообладателя, если допустить его ограниченную рациональность и вместе с тем способности стратегического планирования, может не только ослабить стимулы к инвестициям в нововведения и, соответственно, в создание РИДСИ, но и в принципе настроить стимулы и внимание (индивидуально и организационно) на аспекты организации деятельности, не связанные с инновациями на основе использования РИДСИ и, соответственно, не имеющие отношения к экономическому развитию. Действительно, затраты, связанные с созданием РИДСИ, можно было бы рассматривать как постоянные (относительно объема выпуска продукта, который производится с использованием данного РИДСИ). Однако наличие свободного доступа, не предполагающего компенсации даже расходов на создание РИДСИ, фактически означает наказание за инновационную деятельность. В таком случае положительный результат может быть получен

¹⁰ Источник: Дробышевский С. Россия слезает с нефтяной иглы // Slon. Ru. 14.06.2012

¹¹ Вполне возможно, что стимулы создания РИДСИ могут не быть решающими в тех случаях, когда (1) сами РИДСИ являются побочным — непредвиденным *ex ante* — результатом действий, направленным на достижение иных целей; (2) процесс обладает самостоятельной ценностью наряду с РИДСИ.

однократно, в том случае если используется эффект неожиданности. Предсказуемый результат — не только снижение стимулов данной компании инвестировать в создание РИДСИ, но и, что вполне возможно, — снижение стимулов компаний как в данной отрасли, так и в других отраслях. В одной из недавних работ Асемоглу и Аксиджит [Acemoglu, Akcigit 2012] выявили признаки наличия таких эффектов в области разработки программного обеспечения, когда после многолетних антимонопольных разбирательств в отношении Microsoft изменился тренд в инвестиционной активности не только данной компании, но также и компаний, которые работают в той же сфере, хотя, казалось бы, они должны были получить определенные бонусы от решений в отношении Microsoft.

Антитраст и защита прав на РИД направлены на достижение одних и тех же целей, хотя сама по себе защищенность прав на РИД — антипод ограничению (размыванию) прав так же, как и антитраста, являющегося способом ограничения прав участников рынка принимать решения. Таким образом, сохранение конкуренции на рынке — источник более значительных выигрышей правообладателей от нововведений, чем в условиях монополии, но получение их правообладателем в первую очередь зависит от защищенности прав на РИД.

Соображения, на первый взгляд опровергающие вывод Эрроу, известны как эффект эффективности [Тироль 1999, т. II, с. 318–320]. Если существует угроза входа конкурента на рынок, где уже действует закрепившийся (укоренившийся) монополист, то максимальная сумма расходов на инновацию укоренившегося монополиста выше, чем максимальная сумма расходов на инновацию новичка, входящего на рынок. Модель предполагает, что в том случае, когда инновацию осуществляет укоренившийся продавец, он остается монополистом (новичок отказывается от входа). В том же случае, когда ту же самую инновацию, обеспечивающую такое же снижение затрат или такое же совершенствование продукта, осуществляет новичок, он входит на рынок, но сосуществует на этом рынке с укоренившимся продавцом. При прочих равных условиях прибыль монополиста на рынке выше или равна прибыли двух продавцов на рынке при любой модели стратегического взаимодействия между ними. Предположим, что мы рассматриваем инновацию процесса, т.е. нововведение, снижающее затраты производителя. Прибыль продавца повышается со снижением затрат. Соответственно, по сравнению с новичком укоренившийся продавец при осуществлении инноваций получает как бы «удвоенный» выигрыш — складывающийся из выигрыша от снижения затрат и выигрыша от сохранения монопольного положения.

Можно ли рассматривать «эффект эффективности» в качестве аргумента в пользу того, что структура рынка с доминированием укоренившегося продавца лучше для инноваций? На этот вопрос следует дать отрицательный ответ. Для него существует, по крайней мере, два аргумента. Первый аргумент связан с особенностями данной теоретической модели. Ее ключевая предпосылка — возможность входа новичка на рынок, для предотвращения

чего укоренившийся продавец и использует инновацию. Принципиальным стимулом к инновации является возможность входа на рынок новичка. При отсутствии новичка или при запретительно высоких издержках входа на рынок стимулы укоренившегося продавца в этой модели эквивалентны стимулам монополиста в модели Эрроу. Соответственно, стимулы к инновациям ни в коем случае не повышаются при ограничении конкуренции — как возможности входа новичка на рынок.

Второй аргумент связан с тем, насколько хорошо модель «эффекта эффективности» объясняет наблюдаемую структуру рынка. Если рассматривать эту модель как основу для гипотезы эмпирического анализа, то она звучала бы приблизительно так: «На рынке, где наряду с укоренившимся продавцом присутствуют потенциальные конкуренты, инновацию всегда осуществляет укоренившийся продавец, а новичок всегда отказывается от входа на рынок». Ни у кого не возникает сомнений, что такая гипотеза опровергается.

Известно, что эмпирическому тестированию гипотезы о соотношении интенсивности конкуренции и стимулов к инновациям посвящено как минимум несколько сотен работ. До настоящего времени результаты эмпирических исследований остаются смешанными [Dasgupta, Stiglitz 1980; Kamien, Schwartz 1982; Geroski 1995; Teece 1996; Ahn 2002; Vives 2008]. В некоторых работах отмечается положительная зависимость, в некоторых — отрицательная, классическим же на данный момент результатом считается результат Агиона и соавторов, получивших вывод о «перевернутой U-образной зависимости стимулов к инновациям от интенсивности конкуренции» [Aghion et al. 2005; Aghion et al. 2001; Blundell, Griffith, van Reenen 1999]. Пренебрегая принципиальной проблемой того, как именно можно измерить стимулы к инновациям и как именно — конкуренцию, отсутствие однозначной зависимости в эмпирических результатах можно легко объяснить. До сих пор не найдено надежного способа разграничить в эмпирических исследованиях стимулы и возможности. В этих условиях даже если продавцы, обладающие монопольной властью на своих рынках, имеют более низкие стимулы к инновациям, одновременно на несовершенных финансовых рынках они обладают большими ресурсами для инноваций.

Таким образом, экономическая теория говорит о следующем варианте соотношения конкуренции и монопольной власти как оптимальном. В сфере собственно создания РИД баланс между стимулами инноватора и общественным благосостоянием обеспечивается предоставлением временной рыночной власти инноватору. В виде деятельности, использующем РИД, не существует серьезных аргументов в пользу ограничения конкуренции как способа повышения стимула к инновациям. Иначе говоря, в отношении хозяйствующих субъектов, создающих инновацию, приоритетом государственной политики должна быть защита временной рыночной власти инноватора. В отношении хозяйствующих субъектов, использующих инновацию, приоритет должен отдаваться конкурентной политике.

2.2 Нужны ли исключения для РИДСИ в российском антимонопольном законодательстве?

Один из широко обсуждаемых вопросов в формате третьего (принятого в конце 2011 г.) и четвертого антимонопольного пакетов¹² (обсуждение которого по сути началось в феврале 2012 г. и продолжается до сих пор) — необходимость сохранения или устранения из формулировок ст. 10 (ч. 4) и 11 (ч. 9) закона «О защите конкуренции» исключений по поводу РИДСИ. Должны ли антимонопольные запреты распространяться на действия по использованию прав на результаты интеллектуальной деятельности? Представленная выше позиция дает основание считать, что простого ответа на этот вопрос, которым следовало бы руководствоваться без уточнений и корректировок, не допуская существенных ошибок, не существует.

В долгосрочном плане односложный ответ по принципу «да/нет» ошибочен с точки зрения повышенных рисков ошибок I и II рода. Отсутствие понимания, как именно могут применяться такого рода запреты в случае положительного ответа на вопрос, приведет к значительным рискам ошибок I рода: ошибочному запрету тех действий и тех соглашений, которые в действительности либо вообще не имеют отношения к ограничению конкуренции, либо для их существования есть веские основания.

Односложный отрицательный ответ на данный вопрос означает либо признание тезиса о том, что указанные исключения вообще не имеют никакого значения и ничего на самом деле не ограничивают (либо самого предмета нет, либо существуют другие нормы, позволяющие решить гипотетические проблемы), либо не принимается во внимание возможность злоупотребления правами, в том числе правами на РИДСИ как способом ограничения конкуренции, который не связан с повышением эффективности и, как следствие, не компенсируется выигрышами потребителей.

Таким образом, при соблюдении ряда условий, связанных с решением проблемных вопросов в области защиты прав собственности и содержания/применения норм антимонопольного законодательства в долгосрочной перспективе есть основания ответить «да».

В краткосрочной перспективе больше оснований для односложного ответа «нет», что в первую очередь обусловлено следующими факторами:

- состоянием дел в сфере создания и защиты прав на РИДСИ;

- общим состоянием антитраста в России;
- местом России в международной системе экономических обменов по поводу создания и использования РИДСИ, а также передачей связанных с ними прав (это не только вопросы позиционирования России в международном разделении труда в производстве товаров с использованием РИДСИ, но и такие вопросы, как регистрация патентов, параллельный импорт и исчерпание исключительных прав).

В таком случае является ли удовлетворительным подход к решению вопроса о сбалансированности антимонопольных запретов и защиты прав на РИДСИ?

В краткой форме ответ можно сформулировать следующим образом: реализованный подход не идеален, но приемлем в том смысле, что не требует неотложных (специфичных по времени¹³) мер по исправлению ситуации. В связи с этим необходимо обратить внимание на четыре взаимосвязанных аспекта обсуждения данной проблемы.

Во-первых, Россия по-прежнему располагается в нижней части международных рейтингов, в которых оценивается состояние дел с защитой прав интеллектуальной собственности. В частности, согласно ежегодному Докладу о глобальной конкурентоспособности, который готовит Всемирный экономический форум, Россия занимала 125-е место из 144 стран по разделу «Защита интеллектуальной собственности» (что немногим лучше ситуации в области защиты прав собственности в целом — 133-е место) [World Economic Forum 2012, p. 388–389].

Во-вторых, обсуждение вопроса о содержании российского антимонопольного законодательства (в том числе норм 10 и 11 статьи закона «О защите конкуренции») нельзя рассматривать в отрыве от практики применения норм. В противном случае вероятно повторение ошибок политики, основанной на наивной теории импорта институтов. Суть данной теории может быть сведена к следующему мнению: в развитых странах сформировались хорошо зарекомендовавшие себя институты — необходимо выявлять и заимствовать лучшие зарубежные практики посредством соответствующего изменения законодательства. В лучшем случае подобная идея сопровождается обсуждением того, каким образом эти изме-

¹² В данном случае используется термин, который возник в результате определенной инерции механизма публичного обсуждения изменений в антимонопольном законодательстве.

¹³ По аналогии со специфическими активами специфические во времени действия должны обладать свойством, согласно которому чистый выигрыш будет больше, если это действие будет совершено в определенный момент времени согласно принципу «сегодня рано, а завтра поздно».

нения должны быть вписаны в существующую систему законодательства. В качестве иллюстрации указанных идей можно напомнить логику рассуждений сторонников выбранного способа приватизации в России в первой половине 90-х гг. прошлого века: даже если первоначально права собственности на активы в результате приватизации окажутся у неэффективных собственников, посредством перераспределения (обмена) прав в конечном счете данные активы окажутся у эффективных собственников.

Однако, как правило, не уделяется должного внимания вопросам создания такой инфраструктуры правоприменения (а в более общем плане — структуре транзакционных издержек), которая тоже является одной из важнейших характеристик лучших практик, но в отличие от законодательных норм не поддается простому копированию. Трудности копирования связаны не только с гораздо более сложной задачей выяснения, каково положение вещей в правоприменении по сравнению с выяснением содержания норм. Речь также идет о вопросе воспроизводства соответствующей структуры стимулов для релевантных групп интересов, не говоря уже о таком важном элементе, как механизм обратной связи от практики правоприменения к правоустановлению, в том числе по той причине, что правила крайне редко бывают полными. В качестве примера можно привести оценку степени соответствия практики экономического анализа для целей применения российского антимонопольного законодательства установленным стандартам, которые в свою очередь во многом заимствованы из американской и европейской практики [Авдашева, Шаститко 2011; Авдашева, Шаститко, Дубиничева 2011].

В-третьих, за последние несколько лет в связи с повышением значимости антимонопольных инструментов более очевидными стали риски, а в ряде случаев — опасные тенденции в эволюции российского антитраста. В первую очередь речь идет о ползучем регуляционизме, дисфункциональности норм, серьезной недооценке или игнорировании экономических аспектов в антимонопольных делах. Ползучий регуляционизм проявляется в слишком узком применении концепции «сопоставимых рынков», а также акценте на бухгалтерских, а не на экономических издержках в применении норм ст. 6 закона «О защите конкуренции». Дисфункциональность находит проявление в применении нормы о коллективном доминировании к случаям индивидуального злоупотребления хозяйствующими субъектами своим положением в составе коллективно доминирующих субъектов [Шаститко 2012; Shastitko 2011].

В-четвертых, способы проработки вопросов о направлениях изменений, касающихся (1) формирования и соблюдения стандартов доказательств в делах о нарушении требований антимонопольного законодательства и в рамках контроля сделок экономической концентрации; (2) оценки эффектов применения норм постфактум с применением доступных инструментов экономического анализа, (3) проектирования норм с учетом ожидаемых эффектов (как в плане эффективности, так и в плане распределения) [Кокорев, Шаститко (ред.) 2006].

Данный вопрос касается в том числе и аргумента в пользу отмены исключений из ст. 10 и 11: крупные зарубежные компании пользуются установленными исключениями и эксплуатируют свое положение в ущерб российским потребителям. Возможно, это и так. Однако укажем, что:

- существуют другие нормы, которые, возможно, позволяют решить обозначенную проблему;
- вероятно, не учитываются другие варианты объяснения применяемых практик, отсутствие которых только ухудшило бы положение потребителя (в этом состоит «негостеприимная традиция» в антитрасте, по определению О. Уильямсона);
- данные исключения касаются и российских создателей РИДСИ, отмена которых создает для них дополнительные антимонопольные риски и, соответственно, предпосылки для повышения издержек в целях управления данными рисками.

Обозначенные обстоятельства позволяют определиться с подходом к ответу на вопрос: не будет ли противоречить распространение антимонопольных запретов на действия по использованию прав на РИДСИ нормам части IV ГК РФ и соответствует ли данный подход обязательствам, принятым в России в рамках присоединения к ВТО?

Подобные риски есть в той мере, в какой, во-первых, возможны злоупотребления правами на защиту конкуренции как со стороны участников рынка, так и со стороны госорганов (в первую очередь обладающих полномочиями по применению норм антимонопольного законодательства). Во-вторых, существует проблема подмены защиты конкуренции защитой интересов отдельных участников хозяйственного оборота. Отчасти эта проблема была признана в третьем антимонопольном пакете путем разделения видов нарушений ст. 10 и 11 на две группы, во второй из которых оказались нормы, описывающие практику, которая преимущественно является эксплуатирующей, но не исключающей. В-третьих, распространение экономического регулирования под видом применения инструментов классического антитраста — также один из рисков. В числе ближайших примеров — закон о торговле [Avdasheva, Shastitko 2012]. Однако, в-четвертых (и на это обстоятельство необходимо обратить особое внимание), систематических (и даже фрагментарных) оценок такого рода рисков сделано не было. Отсюда любое решение на данный момент — это решение вслепую с одним вполне предсказуемым последствием: подтверждением нестабильности правил игры как одного из критериев нереализованности принципа верховенства права (согласно структуре указанного индекса) [Agrast, Botero, Ponce 2010]. Вот почему необходимо накопление позитивного знания о формах и масштабах злоупотребления правами на РИДСИ, с одной стороны, и использование антимонопольного законодательства для разрешения хозяйственных споров вместо защиты конкуренции — с другой, в целях недопущения ошибок I рода, когда государственное вмешательство может стать источником разрушения благотворной для общественного благосостояния кооперации между участниками рынка.

2.3 Защита прав на РИД в международном контексте

Что касается обязательств России в связи с присоединением к ВТО, то для ответа на поставленный вопрос о сбалансированности антимонопольных запретов и защиты прав на РИДСИ необходимо учесть следующие моменты:

- РИДСИ многообразны, и для каждого вида существуют свои особенности способов защиты (например, ограничение параллельного импорта защищает право обладателя бренда на получение дохода, но практически не влияет на возможности получения доходов владельцев патентов или промышленных образцов);
- в ВТО, насколько известно, нет единых правил по защите конкуренции (так же, как и отсутствует глобальная антимонопольная политика), хотя на более ранних этапах такая возможность обсуждалась. Один из вариантов объяснения, почему данный потенциал — глобальные правила конкуренции — не был актуализирован, изложен в [Авдашева, Шаститко 2012].

Большое значение будет иметь практика применения существующих норм национального законодательства. А это означает, что на первый план выходят не столько формулировки норм, содержащих запреты, а также отражающих механизмы спецификации и защиты прав на РИДСИ, сколько сложившиеся стандарты выявления фактов нарушения установленных правил, структура санкций в отношении нарушителей, масштабы ошибок I и II рода в правоприменении. В связи с этим, действительно, существенно обеспечение гарантий защиты прав на РИДСИ (в первую очередь для тех РИДСИ, где издержки, связанные с техническими аспектами копирования, близки к нулю) [Шаститко, Курдин 2012; Shastitko, Kurdin 2011], поскольку незащищенность законных правообладателей создает эффект размывания прав, который в свою очередь может быть мультиплицирован в случае распространения антимонопольных запретов на РИД, причем дважды: (1) сначала самим фактом запретов (ошибка I рода в правоустановлении); (2) ошибочным установлением фактов ограничения конкуренции в ситуации, когда стандарты доказательства невысоки, а презумпция невиновности де-факто не срабатывает.

Но разве в юрисдикциях с развитой инфраструктурой антимонопольного принуждения и защиты прав на РИДСИ не применяются антимонопольные запреты в отношении действий и соглашений по использованию прав на эти объекты? Применяются. Однако, как показывает практика, в этой сфере об унификации речи не идет, если, например, сравнивать США и ЕС. В США действует приоритет защиты прав правообладателей, тогда как приоритет защиты прав на доступ к РИДСИ (включение РИДСИ в обо-

рот не столько опосредованно — через производство товаров/услуг, но и непосредственно) — относительная специфика ЕС. Вместе с тем отношения по поводу РИДСИ — это именно та область, где наиболее актуальными являются проблемы соотношения запретов согласно букве закона и правил взвешенного подхода. [Курдин, Комкова 2012]. В свою очередь, правило взвешенного подхода предъявляет существенно более высокие требования к технике применения норм, в том числе с точки зрения уровня и масштабов использования инструментов экономической теории.

Если попытаться упорядочить классы ситуаций, в которых может возникнуть проблема ограничения конкуренции в связи с использованием прав на РИДСИ, причем такая, что потребуются применение инструментов антимонопольного регулирования, можно составить краткий список.

1. Патентные соглашения, связанные со сговором (кросс-лицензирование и патентные пулы; фиксирование цен).
2. Эксклюзивные условия сделки (исключительное лицензирование и исключительное право на сбыт; оговорка о предоставлении лицензиару исключительных прав на изобретения лицензиата в области предоставления лицензии (grant-back); пакетное лицензирование; невозможность оспаривания законности прав ИС).
3. Отказ от сделки или препятствие входу на рынок (односторонний отказ от сделки; обратный платеж).
4. Установление стандартов (патентная засада; проблема вымогательства).

Представленный перечень тесно связан с типами ситуаций, в которых возможно возникновение признаков ограничений конкуренции, и, по всей вероятности, возникнет основание для вмешательства антимонопольного органа на основе сложившейся (специфической) практики применения норм антимонопольного законодательства в определенной стране (США) или группе стран, сопоставимых по общим условиям ведения бизнеса. Для обсуждения вопросов границ предметного поля, проблемы сбалансированности антитраста и защиты прав на РИДСИ может потребоваться более широкий взгляд, который представлен в следующем разделе и, не претендуя на создание аналога периодической таблицы Д. И. Менделеева в виде упорядоченного множества ситуаций, связанных с созданием и использованием РИДСИ, тем не менее, позволяет обозначить множество отношений как относительно «РИДСИ — обычный товар», так и «РИДСИ — РИДСИ».

2.4 Экономическая теория исключений из антимонопольных запретов

Если в сфере использования прав на РИДСИ существуют основания для значительно более широкого применения инструментов экономического анализа, в том числе по причине необходимости более интенсивного применения правила взвешенного подхода, можно ли сказать что-то определенное о позиции экономистов относительно выстраивания баланса между антимонопольными запретами и защитой прав на РИДСИ?

В экономической теории есть понимание, что особенности РИДСИ не могут не влиять и на специфику режима антимонопольных исключений. Отчасти этим объясняется, как уже было отмечено, более широкое применение правила взвешенного подхода к отношениям с использованием РИДСИ. Однако ставить вопрос о том, что в экономической теории есть нюансированный консенсус в разрезе различных РИДСИ и для всех типов институциональной среды, некорректно. Отчасти это обстоятельство обусловлено тем, что сама экономическая теория — множество исследовательских программ, в которых одни и те же вопросы могут быть решены если и не прямо противоположным образом, то по-разному. Кроме того, для проверки гипотез необходимы данные, фрагментарность и смещенность которых может приводить к противоречащим друг другу результатам и выводам.

Напомним, что так называемые нестандартные способы коммерческой практики в одном случае трактовались экономистами как способ реализации целей монополизации, тогда как в других случаях речь шла о способах экономии на трансакционных издержках и, соответственно, повышении эффективности использования ограниченных ресурсов [Уильямсон 1994, 1996, с. 61–70; Шаститко, 2007 с. 118–122]. Последнее — важное условие повышения благосостояния, в том числе и выигрыш потребителя. Однако разве последнее — не критерий достижения цели антимонопольной политики?

Когда речь идет об ограничении конкуренции в связи с действиями и соглашениями по поводу прав на РИД, зачастую имеют в виду такое использование РИД, которое может привести к ограничению конкуренции на рынках товаров, производимых и реализуемых в связи с использованием прав на РИД. Существуют ли отдельные товарные рынки, связанные с реализацией прав на результаты интеллектуальной деятельности? Если объекты РИД рассматривать как обычный товар (как это предлагается в США), формально можно ставить и вопрос об определении рынков в антимонопольном смысле. Но в связи с этим возникает множество других вопросов, которые не только толком не обсуждались, но не-

которые даже не поставлены как необходимые условия для позитивных исследований. Например, как будут определяться продуктовые и географические границы рынка РИД? Какие показатели использовать для оценки объемов рынка (если значительная часть РИД — информация)? Какое значение на данных рынках имеет рыночная доля и имеет ли она вообще какое-либо отношение к рыночной власти? Каковы особенности барьеров входа и каковы адекватные концепции, описывающие, например, свойства сетевых эффектов на такого рода рынках?

Поставленные вопросы позволяют предположить различные варианты соотношения между РИД и обычным товаром и, в связи с этим, различные возможности ограничения конкуренции на товарных рынках, в том числе на рынке, где товаром является РИД, а также различные варианты связи между рынками. Рассмотрим некоторые из наиболее важных элементов предметного поля и соответствующих исследовательских вопросов.

1. РИД является «обычным» товаром.

В этом случае объектом анализа и принятия решений становятся ситуации, когда правообладатель передает либо часть, либо все права из доступного «пучка» (который может быть представлен в разных вариантах — Артура Оноре, Светозара Пейовича, Элинора Остром и пр.) другому лицу, утрачивая (сохраняя) права (часть прав) на него. Строго говоря, в рамках данной категории соотношений могут поместиться различные варианты экономической организации начиная от продажи исключительной лицензии и заканчивая лицензированием с оговоркой о предоставлении лицензиару исключительных прав на изобретения лицензиата в области предоставления лицензии. В указанном случае появляется стандартный набор вопросов относительно положения и поведения хозяйствующего субъекта на рынке, возникающих при этом эффектов, но с учетом специфики РИД. В первую очередь это касается рынка в продуктовых границах, так как применимость теста гипотетического монополиста как на основе анализа статистических данных, так и на основе выборочных опросов, видимо, обладает существенно меньшими перспективами, чем для рынков товаров, для производства которых эти РИД используются. Во вторую очередь становится интересен состав участников рынка, в связи с чем возникает вопрос не только о продуктовых, но и географических границах. Принимая во внимание значительные различия в отдельных видах РИД, один из наиболее важных вопросов — наличие барьеров входа и их преодолимость (причем не только для легальных производителей, но и производителей контрафакта).

2. РИД — необходимое условие для производства обычного товара.

Этот вариант соотношения важен потому, что демонстрирует производный характер спроса на РИД от спроса на товары, с помощью которого они производятся. Один из возможных случаев — это патенты, существенные для установления отраслевых стандартов, соблюдение которых в свою очередь является обязательным для производства «обычных» товаров.

3. РИД — важное, но не необходимое условие для производства товара.

Это означает, что один и тот же товар (или близкий заменитель) может быть произведен и без использования РИД с защищенными правами, причем таким образом, что это необязательно приводит к потере конкурентоспособности не использующего этот РИД производителя «обычного» товара (в том числе по причине экономии на специфических инвестициях и использовании более простых бизнес-моделей).

4. Один из нескольких конкурирующих РИД — необходимое условие для производства обычного товара.

Этот вариант подразумевает, что без использования какого-либо из РИД невозможно произвести конкурентоспособный «обычный» товар. Но вместе с тем существуют различные РИД, которые могут быть использованы как заменители для производства обычного товара (близких заменителей, которые могут быть объединены в рамках одного рынка в продуктовых границах). Однако в этом случае также следует учитывать, что существование *ex ante* такой возможности для отдельного участника рынка может быть значительно ограничено *ex post* по причине значительных издержек переключения.

5. Один из нескольких конкурирующих РИД — важное, но не необходимое условие для производства обычного товара.

Этот вариант по сути воспроизводит комбинированные характеристики вариантов 3 и 4. Однако в данном случае речь идет о производстве товаров, являющихся близкими заменителями и образующими один рынок (в продуктовых границах в первую очередь), когда, например, наряду с брендованным товаром в обороте находятся товары с наименованием, права на которые не защищены в том числе и потому, что ключевая характеристика продукта привязана к родовому названию (например, хлебопекарные дрожжи, сливочное масло и т. п.)

6. РИД, необходимый для производства товаров, в свою очередь является обязательным условием для создания другого РИД, с помощью которых производятся те же товары или новые товары (но с лучшими характеристиками).

Если РИД — необходимое условие нововведения, то в данном случае речь идет о кумулятивных нововведениях. В отличие от предшествующих вариантов отмеченный аспект является динамическим по определению. Кумулятивные эффекты возможны от тех РИД, которые могут быть созданы только при условии доступа к существующему РИД (так же, как и наоборот: РИД, без которых создание новых РИД невозможно). В связи с вопросами о защите прав на РИД, являющихся условием для производства последующих РИД, необходимых в свою очередь для совершенствования технологий и производства новых продуктов, возможно возникновение проблемы избыточной защиты прав на исходный РИД так же, как и проблемы отсутствия достаточного разнообразия инструментов передачи прав на исходный РИД. Данный блок вопросов тесно связан с различными траекториями создания и использования множества РИД, по-разному связанных друг с другом во времени.

7. РИД могут быть использованы для производства обычного товара только в комплекте с другими РИД для производства обычных товаров.

Этот вариант широко распространен в сфере производства технически сложных товаров, где требуется одновременно иметь права на использование РИД, закрепленных в нескольких сотнях патентов. В отличие от п. 6, ключевым моментом в данном случае является взаимодополняемость по производству того или иного товара. Причем сама по себе взаимодополняемость может быть нестрогой в том смысле, что, например, для сложного технического устройства необходимо сопряжение двух типов решений, но каждое из них в свою очередь может иметь разные варианты. Например, можно выбирать из двух видов стандартов для производства некоторого товара, которое в свою очередь все равно требует использование других РИД.

8. Дифференциация режимов защиты РИД.

Данный вариант отражает множество ситуаций, когда условием производства одного товара является другой товар/товары, которые реализуются на рынках сверху по технологической цепочке, а также различные варианты соотношений технологического уровня, связанного с использованием РИД (в первую очередь — патенты) для фирм-конкурентов.

В первой группе случаев каждый из товаров на соответствующих рынках может производиться с использованием результатов РИД. Соответственно, один из практических вопросов, возникающих в связи с этим: равнозначной ли с точки зрения общественного благосостояния и темпов экономического роста является степень защиты патента? Следует отметить, что существуют исследования, которые показывают, что имеются аргументы в пользу дифференцированного режима защиты: чем выше порядок рынка, чем дальше от конечного потребления, тем сильнее должна быть защита — и наоборот [Goh, Olivier 2002].

Во второй группе случаев речь идет о технологических разрывах между фирмами-конкурентами. Согласно данному подходу на одном и том же рынке действуют компании-лидеры и компании-последователи, вследствие чего имеется несколько вариантов выстраивания режимов защиты прав на РИД. Один из них универсальный, а другой — дифференцированный. Существуют свидетельства в пользу того, что более жесткая защита прав на РИД для компаний-лидеров с общественной точки зрения предпочтительнее, чем универсальное ослабление защиты прав для всех компаний, в первую очередь благодаря так называемому эффекту просачивания стимулов для ближайших преследователей, для которых перспектива получить дополнительную защиту прав на РИД может стать аргументом для увеличения инвестиций [Acemoglu, Akgigit 2012].

Варианты 3–5, скорее всего, не предполагают применения каких-либо мер, связанных с исключениями из принципа свободы договора как способа предотвращения монополизации. Вариант 1 сам по себе не несет каких-либо угроз конкуренции в этом смысле: рассмотрение РИД как товара не означает, что речь идет о монополии. Подчеркнем, что речь идет об исключительности прав, которые с монополией в экономическом смысле связаны очень опосредованно и вполне могут существовать в условиях конкуренции (конкурирующие РИД). С этой точки зрения введение антимонопольных ограничений, особенно с учетом складывающейся практики применения существующих норм, может вообще уничтожить соответствующие рынки либо сильно их деформировать. Отсюда — идея нецелесообразности антимонопольного вмешательства, если только не выявлены дополнительные обстоятельства (другие варианты соотношений).

Какие виды соотношений, обозначенных выше, наиболее распространены в разных странах применительно к различным видам РИД? Можно ли наблюдать некое подобие в системе отношений по поводу РИД в России? Каким образом различия могут влиять на выбор режима антимонопольного регулирования (если предположить такую возможность)? Последний вопрос особенно актуален в связи с дифференциацией режима защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности как одной из альтернатив, издержки реализации которой — один из ключевых вопросов.

2.5 Оценка российской дискуссии по вопросам защиты прав на РИДСИ в антимонопольной политике

Дискуссия вслепую по вопросам защиты прав на РИДСИ и антитраста, как показывает практика последних двух лет, вполне возможна. Более того, она может быть объяснена вполне рационально тем, что (1) временной горизонт узок для стейкхолдеров; (2) необходимые результаты позитивных (в первую очередь экономических) исследований по вопросам создания РИДСИ и их влияния на конкуренцию отсутствуют; (3) нет стимулов повышать степень информированности в выборе приоритетов (возможно, по причине де-факто маргинальности предмета в оценках повестки дня). Таким образом, всегда можно обеспечить (1) предложения по выстраиванию политики на основе правдоподобной (но никак не проверенной) аргументации, (2) запретительные издержки в оценках оснований для принятия решений в рамках оценки действий *ex post*.

Не все защищаемые законом РИДСИ используются для создания нововведений (потенциально — основа для возникновения ошибок II рода), так же, как далеко не все антимонопольные запреты (а также механизм их применения) действительно направлены на защиту конкуренции (ошибки I рода). Возможны ли злоупотребления правами на РИД? Да, возможны, так же, как существуют возможности злоупотребления правами на другие категории объектов. Когда есть основания говорить о том, что произошло злоупотребление правом? Всегда ли это злоупотребление связано с ограничением конкуренции? Если нет, то в каких случаях такого рода злоупотребления правами могут считаться основанием для применения антимонопольных запретов? За рубежом существуют разные подходы к решению вопроса о балансе. В США система более дружественна для правообладателей, тогда как в ЕС — для пользователей. Само по себе отсутствие прямых изъятий по правам на РИДСИ в американском антимонопольном законодательстве и законодательстве ЕС не является основанием для принятия решения о снятии указанных исключений из закона «О защите конкуренции» под предлогом гармонизации норм антимонопольного законодательства с европейскими или американскими нормами. Отчасти ответ, почему это так, можно найти в критике теории импорта институтов. Основная задача в поиске сбалансированного решения о соотношении антимонопольных запретов и защиты прав на РИДСИ — выбор варианта с учетом понимания набора, масштаба и структуры проблем, а также с учетом полных издержек реализации данного варианта.

Для ответа на вопрос о необходимости изменения подхода к решению вопроса о соотношении антимоно-

польных запретов и защиты прав на РИДСИ в российском законодательстве важно ответить на ряд подвопросов: (1) каковы альтернативы в сфере защиты прав на РИДСИ и каким образом имеет смысл сравнивать, а также с чем фактически сопоставляется текущее положение вещей в сфере российского антитраста, защиты прав на РИДСИ как основа для нормативных выводов и решений; (2) в каком состоянии находятся (а) российский антитраст — как с точки зрения содержания норм, так и практики их применения относительно европейского и американского антитраста; (б) защита прав на результаты интеллектуальной деятельности в России как с точки зрения набора и действенности инструментов защиты, так и с учетом особенностей различных видов РИДСИ; (3) каким образом решен вопрос о сбалансированности инструментов защитной и активной конкурентной политики и, если необходимо иное решение, достижимо ли оно в сложившихся условиях? Наконец, принципиальное значение имеет понимание, каковы характеристики предметного поля — защиты РИДСИ и антитраста — в России и в чем отличие его от тех образцов, которые рассматриваются как источники импорта норм.

2.6 Основные выводы о проблемах защиты прав на РИД в контексте конкурентной политики в России

С точки зрения экономической теории в сфере создания РИД баланс между стимулами инноватора и общественным благосостоянием обеспечивается предоставлением временной рыночной власти инноватору. В виде деятельности, использующей РИД, не существует серьезных аргументов в пользу ограничения конкуренции как способа повышения стимула к инновациям. Иначе говоря, в отношении хозяйствующих субъектов, создающих инновацию, приоритетом государственной политики должна быть защита временной рыночной власти инноватора. В отношении хозяйствующих субъектов, использующих инновацию, приоритет должен отдаваться конкурентной политике.

Результаты международных сопоставлений не представляют однозначных эмпирических и теоретических доказательств позитивного воздействия жесткого режима защиты прав интеллектуальной собственности на экономическое и социальное развитие стран. Как было показано в предыдущем разделе, воздействие защиты прав ИС имеет существенную отраслевую и страновую специфику.

Сами по себе институты защиты прав интеллектуальной собственности не являются «драйверами» экономического развития: как было показано в предыдущем разделе, есть примеры как успешно развивающихся стран с «плохими» институтами по защите прав интеллектуальной собственности, так и примеры «хороших» институтов, которые, однако, не приводят к сколько-нибудь значимым успехам в экономическом развитии. Институт защиты прав интеллектуальной собственности полезен, но не является ни необходимым, ни достаточным для стимулирования развития вообще и инновационного развития в частности.

Усиление/ослабление защиты прав на РИД может быть как заменено, так и компенсировано использованием других инструментов государственной экономической политики. Как и вопросы определения уровня защиты, вопросы замещения и дополнения защиты РИД и других инструментов экономической политики решаются с учетом особенностей конкретной отрасли.

Выраженные и имеющие поддержку предложения по изменению действующих правил, отражающие позицию консолидированных групп интересов, скорее всего, представляют позицию крупных немногочисленных участников рынка. Применительно к правам разработчиков РИД это означает, что наибольшую поддержку могут получить либо предложения по избыточному укреплению защиты

прав на РИД (производство лекарственных средств), либо предложения по избыточному ослаблению защиты прав на РИД.

Одним из эффектов отраслевой структуры и истории развития российской экономики является относительно низкий спрос на укрепление спроса на защиту РИД правовыми методами, которые могли бы использоваться универсально. Укрепление нынешних особенностей организации производства, разработок и их использование — в том числе сохранение крупных, вертикально интегрированных компаний в качестве основных участников рынка, финансируемых государством институтов и организаций в качестве основной единицы организации разработок, — будет создавать спрос на ослабление законодательной защиты прав собственности. Однако наличие такого спроса не означает, что следование ему позволит повысить общественное благосостояние.

На российских рынках РИД решение непосредственных задач развития конкуренции состоит в том, чтобы сохранить возможности для использования гибридных механизмов управления транзакциями, поскольку альтернативой им является применение иерархических механизмов, которое приводит к ухудшению перспектив входа на рынок новых участников.

Содержание концепции прав интеллектуальной собственности в российском законодательстве само по себе может служить фактором, осложняющим плодотворное обсуждение экономической природы прав на РИД, связанных с производством и использованием РИД стимулов и эффектов.

Права на РИД ошибочно отождествлять с монополией в смысле антитраста, даже если внешне они похожи. Знак равенства, но не тождества может возникнуть, но только при соблюдении ряда специфических условий, когда отсутствуют заменители и патент действительно имеет решающее значение для производства товара в пределах продуктовых границ. Вполне возможна ситуация, когда конкурирующие патенты используются для производства товаров — близких заменителей, т.е. товаров на рынке в одних и тех же продуктовых границах. Возможны также ситуации, когда обладание патентом позволяет обеспечить инновацию, выражающуюся в снижении издержек производства и/или росте спроса на продукт данной компании, но в то же время компенсирует для данной компании изъятия в организации, выравнивая конкурентное положение с более продвинутым в этом отношении со-

перником. Наконец, в-четвертых, само по себе обладание отдельным патентом, которое связано с исключительными правами, может вообще не давать возможности реализовать ту или иную инновацию без другого патента, у которого обладателем может быть конкурент владельца данного патента. Именно разнообразие возможных ситуаций обязывает в сфере передачи прав на РИД и защиты конкуренции более внимательно относиться к правилу «один размер на всех не подходит».

Современное состояние и практика применения закона «О защите конкуренции» в России не дает основания для вывода о том, что устранение исключений для РИД из ст. 10 и 11 закона позволит решить реально существующую проблему. Одновременно имеются основания предполагать, что устранение исключений может служить источником отрицательных эффектов, как предсказуемых, так и на данный момент неизвестных.

Список использованных источников

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

- Acemoglu D., Akgicig U. Intellectual Property Rights Policy, Competition and Innovation // Journal of the European Economic Association. – 2012. – Vol. 10. – № 1. – P. 1-42.
- Aghion P., Griffith R. Competition and Growth. Reconciling Theory and Evidence. — Cambridge, USA: MIT Press, 2005.
- Aghion P., Bloom N., Blundell R., Griffith R., Howitt P. Competition and Innovation: An inverted-U relationship // Quarterly Journal of Economics. – 2005. – Vol. 120. – № 2. – P. 701-728.
- Aghion P., Harris C., Howitt P., Vickers J. Competition, Imitation and Growth with Step-by-Step Innovation // Review of Economic Studies. – 2001. – Vol. 68. – № 3. – P. 467-492.
- Aghion P., Howitt P., Prantl S. Patent Protection, Product Market Reforms and Innovative Investments. URL: http://www.development.wne.uw.edu.pl/uploads/Courses/aghion_howitt_prantl_2012.pdf2012.
- Aghion P., Howitt P., Prantl S. Revisiting the Relationship Between Competition, Patenting and Innovation. URL: http://www.development.wne.uw.edu.pl/uploads/Courses/aghion_howitt_prantl_2012_2.pdf. 2011.
- Agrast M. D, Botero J. C., Ponce A. WJP Rule of Law Index. Washington D. C.: The World Justice Project, 2010.
- Ahn S. Competition, Innovation and Productivity Growth: a Review of Theory and Evidence. OECD Economics Department Working Papers, 2002, № 17.
- Arrow K. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention / The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors / Universities-National Bureau (ed.). UMI, 1962. P. 609-626.
- Auriol E., Biancini S., Paillacar R. Intellectual Property Rights Protection in Developing Countries. URL: www.etsg.org/ETSG2012/Programme/Papers/396.pdf. 2012.
- Avdasheva S., Shastitko A. Rules on Retailer- Supplier Relationships in the Competition Policy of the Russian Federation: How and Why Misunderstanding Economics Threatens the Competitiveness of the Sector // CPI Antitrust Chronicle, July 2012 (2).
- Baker N. R., Souder W. E., Shumway C. R., Maher P. M., Rubenstein A. H. A Budget Allocation Model for Large Hierarchical R&D Organizations // Management Science, 1976, Vol. 23, № 1. P. 59-70.
- Barnett J. Private and Public Supply of Intellectual Property Rights. Paper Presented at 16th Annual Conference of The International Society for New Institutional Economics, 2012.
- Benhamou F., Farchy J. Droit d'auteur et copyright. P.: La Decouverte, 2009.
- Bird R. Defending Intellectual Property Rights in the BRIC Economies // American Business Law Journal – 2006. – Vol. 43. – Issue 2. – P. 317-363.
- Bitzer J., Schröder P. J. H. Open source software, competition and innovation // Industry and Innovation – 2007. – Vol. 14. – № 5. – P. 461-476.
- Blundell R., Griffith R., Van Reenen J. Market Share, Market Value and Innovation in a Panel of British Manufacturing Firms // The Review of Economic Studies – 1999. – Vol. 66. – № 3. – P. 529-554.
- Boldrin M., Levine D. Against Intellectual Monopoly. Cambridge University Press, 2008.
- Boldrin M., Levine D. What's Intellectual Property Good for? URL: <http://dklevine.com/archive/refs4786969000000000082.pdf>. 2011.
- Bruland K., Smith K. Knowledge Flows and Catching-Up Industrialization in the Nordic Countries: The Roles of Patent Systems / Odagiri H., Goto A., Sunami A., Nelson R. (eds). Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study. N. Y.: Oxford University Press, 2012. P. 63-94.
- Carroll M. One Size Does Not Fit All: A Framework for Tailoring Intellectual Property Rights // Ohio State Law Journal – 2009. – Vol. 70. – № 6. – P. 1 361-1 434.
- Casadesus-Masanell R., Ghemawat P. Dynamic Mixed Duopoly: A Model Motivated by Linux vs. Windows // Management Science – 2006. – Vol. 52. – № 7. – P. 1 072-1 084.
- Chang H. F. Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation // RAND Journal of Economics. – 1995. – Vol. 26. – Issue 1. – P. 34-57.
- Correa C. Intellectual Property and Competition Law: Exploring Some Issues of Relevance / ICTSD Issue Paper. – 2007. – № 21.
- Dasgupta P., Stiglitz J. Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity, Economic Journal. – 1980. – Vol. 90. – № 358. – P. 266-293.

- David P. Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History / Wallerstein M., Moguee M., Schoen R. (eds.). Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology. Washington D. C. : National Academy Press, 1993.
- Dreyfuss R. The Role of India, China, Brazil and Other Emerging Economies in Establishing Access Norms for Intellectual Property and Intellectual Property Lawmaking / NYU School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series.
- Economides N., Katsamakas E. Linux vs. Windows: A Comparison of Application and Platform Innovation Incentives for Open Source and Proprietary Software Platforms / New York University Law and Economics Working Papers. – 2005. – № 32.
- Economides N., Katsamakas E. Two-sided competition of proprietary vs. open source technology platforms and the implications for the software industry // Management Science. – 2006. – Vol. 52. – № 7. – P. 1 057-1 071.
- Engelhardt S. v. Quality competition or quality cooperation? License-type and the strategic nature of open source vs. closed source business models / Jena Economic Research Papers, Friedrich-Schiller-University Jena and Max-Planck-Institute of Economics. 2010. № 2010-034.
- Engelhardt S. v., Maurer S. M. The new (commercial) open source: Does it really improve social welfare? / Berkeley Goldman School of Public Policy Working Paper. – 2010. – № 10-001.
- Euro F. Competition, Innovation and Antitrust. Berlin: Springer-Verlag, 2007.
- Fan J., Gillan S., Yu X. Innovation or Imitation? The Role of Intellectual Property Rights Protections. URL: http://home.cuhk.edu.hk/~b109671/doc/research_working_paper/11.pdf. 2010.
- Friedman D. D., Landes W. M., Posner R. A. Some Economics of Trade Secret Law // Journal of Economic Perspectives. – 1991. – Vol. 5. – № 1. – P. 61-72.
- Gallini N. Promoting Competition by Coordinating Prices: When Rivals Share Intellectual Property. URL: <http://cis.ier.hit-u.ac.jp/Japanese/society/120412houtokeizai/Gallini.pdf>. 2012.
- Gallini N. Competition Policy, Patent Pools and Copyright Collectives // Review of Economic Research on Copyright Issues. – 2011. – Vol. 8. – № 2. – P. 3-34.
- Gans J., Persson L. Entrepreneurial Commercialization Choices and the Interaction between IPR and Competition Policy / IFN Working Paper. – 2012. – № 895.
- Ganslandt M., Maskus K. Intellectual Property Rights, Parallel Imports and Strategic Behavior // IFN Working Paper. 2007. № 704.
- Ganslandt M., Maskus K. Parallel imports and the pricing of pharmaceutical products: evidence from the European Union // Journal of Health Economics. – 2005. – № 23. – P. 1 035-1 057.
- Gaudeul A. Consumer welfare and market structure in a model of competition between open source and proprietary software / MPRA Paper. University Library of Munich, Germany. 2008. № 19555.
- Generic Competition and Drug Prices. US Food and Drug Administration. URL: <http://www.fda.gov/AboutFDA/CentersOffices/OfficeofMedicalProductsandTobacco/CDER/ucm129385.htm>.
- Geroski P. Market Structure, Corporate Performance and Innovative Activity, Oxford: Oxford University Press, 1995.
- Gilbert R. Intellectual Property? A Review of Michele Boldrin and David Levine's Against Intellectual Monopoly // Journal of Economic Literature. – 2011. – Vol. 49. – № 2. – P. 421-432.
- Goh A.-T., Olivier J. Optimal Patent Protection in a Two-Sector Economy // International Economic Review. – 2002. – Vol. 43. – Issue 4. – P. 1 191-1 214.
- Goldberg P. Intellectual Property Rights Protection in Developing Countries: the Case of Pharmaceuticals / Alfred Marshall Lecture // Journal of the European Economic Association. – 2012. – Vol. 8. – № 2-3. – P. 326-353.
- Grabowski H. G. and Vernon J. M. Brand loyalty, entry, and price competition in pharmaceuticals after the 1984 Drug Act, Journal of Law and Economics. – 1992. – Vol. 52. – № 35. – P. 31-50.
- Hassan E., Yakib O., Diepeveen S. Intellectual Property and Developing Countries: A review of the literature. URL: www.rand.org/pubs/technical_reports/2010/RAND_TR804.pdf. 2010.
- How Increased Competition from Generic Drugs Has Affected Prices and Returns in the Pharmaceutical Industry. Congressional Budget Office, July, 1, 1998. URL: <http://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/6xx/doc655/pharm.pdf>.
- Jansen J. Share to scare: technology sharing in the absence of intellectual property rights / Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. 2009. № 36.
- Kamien M. I., Schwartz N. L. Market Structure and Innovation. Cambridge University Press, 1982.
- Kinsella N. Against Intellectual Property. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2008.

- Kitch E. Elementary and persistent errors in the economic analysis of intellectual property // *Vanderbilt Law Review*. – 2000. – № 53. – P. 1 727-1 741.
- Knox D., Richardson M. Trade policy and parallel imports // *European Journal of Political Economy*. – 2002. – Vol. 19. – P. 133-151.
- Lago R., Costa N. Antiretroviral manufacturers and the challenge of universal access to drugs through the Brazilian National STD/AIDS Program // *Cadernos de Saúde Pública*. – 2009. – Vol. 25. – № 10. – P. 2 273-2 284.
- Lambardi G. Software innovation and the open source threat / NET Institute Working Paper, The Networks, Electronic Commerce, and Telecommunications (NET) Institute. – 2009. – № 9-15.
- Landes W., Posner R. An Economic Analysis of Copyright Law // *The Journal of Legal Studies*. – 1989. – Vol. 50. – № 2. – P. 325-363.
- Lerner J., Tirole J. Some Simple Economics of Open Source // *The Journal of Industrial Economics*. – 2002. – Vol. 50. – № 2. – P. 197-234.
- Lerner J., Tirole J. The scope of open source licensing // *Journal of Law, Economics and Organization*. – 2005. – Vol. 21. – № 1. – P. 20-56.
- Li C., Maskus K. The impact of parallel imports on investments in cost-reducing research and development // *Journal of International Economics*. – 2006. – № 68. – P. 443-445.
- Li C., Robles J. Product innovation and parallel trade // *International Journal of Industrial Organization*. – 2007. – № 25. – P. 417-429.
- Liebowitz S. Copying and indirect appropriability: Photocopying of journals // *The Journal of Political Economy*. – 1985. – Vol. 93. – № 5. – P. 945-957.
- Llanes G., de Elejalde R. Industry equilibrium with open source and proprietary firms / Harvard Business School Working Papers. 2009. № 09-149.
- Machlup F. An Economic Review of the Patent System / Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights. № 15. Washington D. C. : Congressional Printing Office, 1958.
- Maskus K., Chen Y. Vertical Price Control and Parallel Imports: Theory and Evidence // *Review of International Economics*. – 2004. – Vol. 12. – № 4. – P. 551-570.
- Maskus K. E. Intellectual Property Rights in the Global Economy. Washington D. C. The Institute for International Economics, 2000.
- Matson M., Winn S. Intellectual Property and Market Power in the Seed Industry: The Shifting Foundation of Our Food System // URL: <http://ssrn.com/abstract=2153098>. 2012.
- Maurer S. M., Scotchmer S. Open source software: the new intellectual property paradigm / T. Hendershott (ed.). *Handbook of Economics and Information Systems*. Elsevier, 2006. P. 285-319.
- Mazzoleni R., Martins Costa P. Accumulation of Technological Capabilities and Economic Development: Did Brazil's IPR Regime Matter? / Odagiri H., Goto A., Sunami A., Nelson R. (eds.). *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study*. N. Y. : Oxford University Press, 2012. P. 280-314.
- Moschini J. Competition Issues in the Seed Industry and the Role of Intellectual Property // *Choices*. – 2010. – Vol. 25. – № 2. – P. 1-14.
- Mowery D. IPR and US Economic Catch-Up / Odagiri H., Goto A., Sunami A., Nelson R. (eds.). *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study*. N. Y. : Oxford University Press, 2012. P. 31-62.
- Mustonen M. Copyleft — the economics of linux and other open source software / Discussion Papers of the Department of Economics, University of Helsinki. 2001. № 493.
- Mustonen M. Copyleft — the economics of linux and other open source software // *Information Economics and Policy*. – 2003. – Vol. 15. – № 1. – P. 99-121.
- Nordhaus W. An Economic Theory of Technological Change // *American Economic Review, Papers and Proceedings*. – 1969. – № 51. – P. 18-28.
- Odagiri H., Goto A., Sunami A. IPR and the Catch-Up Process in Japan / Odagiri H., Goto A., Sunami A., Nelson R. (eds.). *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study*. N. Y. : Oxford University Press, 2012. P. 95-129.
- Odagiri H., Goto A., Sunami A., Nelson R. (eds.). *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study*. N. Y. : Oxford University Press, 2012.
- Papadopoulos T. Copyright, Parallel Imports and National Welfare: The Australian Market for Sound Recordings // *The Australian Economic Review*. – 2007. – № 71. – P. 434-447.
- Raff H., Schmitt N. Trade policy and parallel imports // *Journal of International Economics*. 2007. № 71. P. 434-447.
- Reducing the price of HIV/AIDS treatment. AVERT (an international HIV and AIDS charity). URL: <http://www.avert.org/generic.htm#ref7>.

- Reichman J. Intellectual Property in The Twenty-First Century: Will the Developing Countries Lead Or Follow? // *Houston Law Review*. – 2009. – Vol. 46. – № 4. – P. 1 115-1 185.
- Saha A., Grabovsky H., Birnbaum H., Greenberg P. and Bizam O. Generic Competition in the US Pharmaceutical Industry // *International Journal of the Economics of Business*. – 2006. – Vol. 13. – № 1. – P. 15-38.
- Saint-Paul G. Growth effects of nonproprietary innovation // *Journal of the European Economic Association*. – 2003. – Vol. 1. – № 2–3. – P. 429-439.
- Sampat B. The Accumulation of Capabilities in Indian Pharmaceuticals and Software: The Roles that Patents Did (and Did Not) Play / Odagiri H., Goto A., Sunami A., Nelson R. (eds.). *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study*. N. Y.: Oxford University Press, 2012. P. 361-377.
- Scheufen M. What Scientists Can Learn from the Penguin: Open Access and Open Source / Paper presented at the Annual Congress of SERCI in Bilbao. 2011.
- Schmidtke R. Private provision of a complementary public good / CESifo Working Paper Series, CESifo Working Paper. – 2006. – № 1 756.
- Scotchmer S. Openness, open source, and the veil of ignorance // *American Economic Review*. – 2010. – Vol. 100. – № 2. – P. 165-171.
- Sen R. A strategic analysis of competition between open source and proprietary software // *Journal of Management Information Systems*. – 2007. – Vol. 24. – № 1. – P. 223-257.
- Sen R., Subramaniam C., Nelson M. L. Determinants of the Choice of Open Source Software License // *Journal of Management Information Systems*. – 2008. – Vol. 25. – № 3. – P. 207-239.
- Sepetis K., Cox A. Intellectual Property Rights Protection in China: Trends in Litigation and Economic Damages. URL: http://www.nera.com/extImage/PUB_IPR_Protection_China_0109_final.pdf. 2009.
- Shastitko A. Collective Dominance Through the Lens of Comparative Antitrust // *Antitrust Chronicle*. Summer 2011, Vol. 8, № 2. URL: <https://www.competitionpolicyinternational.com/collective-dominance-through-the-lens-of-comparative-antitrust>.
- Shastitko A., Kurdin A. Intellectual Property Rights Protection Versus Antitrust: Tug of War? // *CPI Antitrust Chronicle*. – 2011. – Vol. 12. – № 1.
- Shavell S., van Ypersele T. Rewards Versus Intellectual Property Rights // *Journal of Law and Economics*. 2001. Vol. 44.
- Snyder N. Intellectual Property Rights and China: A Survey of Adjudicated Trademark Dispute Cases from Guangdong Province // *Washington Undergraduate Law Review*. – 2010. – Vol. 3. – Issue 3. – P. 82-107.
- Stiglitz J. Economic Foundations of Intellectual Property Rights // *Duke Law Journal*. – 2008. – Vol. 57. – P. 1 693-1 724.
- Szymanski S., Valetti T., Demange G. Parallel Trade, Price Discrimination, Investment and Price Caps // *Economic Policy*. – 2005. – Vol. 20. – № 44. – P. 705-749.
- Tamai T., Torimitsu Y. Software Lifetime and it's Evolution Process over Generation. *Software Maintenance, 1992, Proceeding Conference on*. P. 63-69.
- Teece D. J. Firm Organization, Industrial Structure, and Technological Innovation. *Journal of Economic Behavior & Organization*. – 1996. – Vol. 31. – № 2. – P. 193-224.
- The 2010 EU Industrial R&D Investment Scoreboard. European Commission, JRC/DG RTD, 2011.
- The Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA). URL: <http://www.phrma.org/news-media/related-resources/key-industry-factsabout-phrma>.
- U. S. National Institutes of Health (NIH). *ClinicalTrials.gov* — a registry and results database of federally and privately supported clinical trials conducted in the United States and around the world. URL: www.clinicaltrials.gov.
- UNCTAD. *Competition policy and the exercise of intellectual property rights*. 2008.
- Valetti T., Szymanski S. Parallel Trade, International Exhaustion and Intellectual Property Rights: A Welfare Analysis // *CERP Discussion Papers*. – 2005. – № 5 022.
- Varian H. R. *Markets for Information Goods*, 1998. University of California, Berkley.
- Verani S. Open source development in a differentiated duopoly, *Economics Discussion / Working Papers*, The University of Western Australia, Department of Economics. – 2006. – № 05-06.
- Vives X. Innovation and Competitive Pressure. *Journal of Industrial Economics*. – 2008. – Vol. 56. – № 3. – P. 419-446.
- Weber S. *The Success of Open Source*. Cambridge, MA and London, UK : Harvard University Press, 2004.
- Wiggins S. and Maness R. (2004). Price competition in pharmaceuticals: The case of anti-infectives. *Economic Inquiry*. – 2004. – Vol. 42. – № 2. – P. 247-263.
- Williams S. *Free as in Freedom Richard Stallman's Crusade for Free Software*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2002.

- Winkofsky E. P., Baker N. R., Sweeney D. J. A decision process model of R&D resource allocation in hierarchical organizations. *Journal of Management Science*. – 1981. – Vol. 27. – № 3. – P. 268-283.
- WIPO. World Intellectual Property Indicators 2012. World Intellectual Property Organization, 2012.
- WIPO. World Intellectual Property Report 2011: The Changing Face of Innovation. — World Intellectual Property Organization, 2011. Working Paper, – 2009. – № 09-53.
- World Economic Forum, The Global Competitiveness Report 2012-2013 / ed. K. Schwab. 2012.
- Xue L., Liang Z. Relationships between IPR and Technology Catch-Up: Some Evidence from China / Odagiri H., Goto A., Sunami A., Nelson R. (eds.) *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study*. N. Y.: Oxford University Press, 2012. P. 317-360.
- Авдашева С. Б., Шаститко А. Е. Международный анти-траст: потребности, ограничения и уроки для Таможенного союза // *Вопросы экономики*. — 2012. — № 9. — С. 110-125.
- Авдашева С. Б., Шаститко А. Е. Экономический анализ в делах о нарушении закона «О защите конкуренции» // *Вопросы экономики*. — 2011. — № 2. — С. 122-139.
- Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Дубиничева Н. В. Стандарты экономического анализа в делах о нарушении антимонопольного законодательства в России. М.: МАКС Пресс, 2011.
- Азаров М. С. Доменные имена в структуре гражданского и информационного права // *Информационное право*. — 2010. — № 2.
- Аналитический обзор рынка от DSM Group. Выпуск: Август 2012 г. (данные по июль 2012 г.). URL: http://www.dsm.ru/marketnews/1147_27.08.2012.
- Ассоциация организаций по клиническим исследованиям. Информационно-аналитический бюллетень. 2012. № 4 // URL: http://acto-russia.org/files/bulletin_4.pdf.
- Ассоциация организаций по клиническим исследованиям. Информационно-аналитический бюллетень 2012. № 5 // URL: http://acto-russia.org/files/bulletin_5.pdf.
- Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности. Авторское право / пер. с англ. В. Л. Вольфсона. СПб.: «Юридический центр Пресс», 2004. 535 с.
- Близнец И. А., Леонтьев К. Б. Авторское право и смежные права / под ред. И. А. Близнеца. М.: «Проспект», 2011. 338 с.
- Глоссарий «Свободное программное обеспечение: терминология предметной области». ООО «Парк Медиа Консалтинг», ООО «КОРУС Консалтинг» и ЗАО «Мезон.Ру» (ГНУ/Линуксцентр), 2008.
- Гражданский кодекс РФ. URL: <http://www.gk-rf.ru>.
- Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть (отв. ред. Е. А. Суханов). М.: Волтерс Клувер, 2008. 720 с.
- Долгин А. Б. Экономика символического обмена. М.: Инфра-М, 2006. 632 с.
- Заключение Комитета Государственной думы Федерального собрания РФ по экономической политике, предпринимательству и туризму. 11 сентября 2006 г. № вн 3.8/16–924 на проект № 323423–4 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации.
- Информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 14 июля 1997 г. № 17 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации».
- Итоги развития рынка в 2011 г. и прогноз на 2012 г. ИМЦ «Фармэксперт», 14 мая 2012 г. URL: <http://www.pharmexpert.ru/analytics/4/2615>.
- Кодекс РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ) от 30.12.2001 г. № 195-ФЗ. URL: <http://base.garant.ru/12125267>.
- Кокорев Р. А., Шаститко А. Е. (ред.) Использование оценок регулирующего воздействия для совершенствования корпоративного законодательства. М.: Теис, 2006.
- Комментарий к ст. 1027 ГК РФ // Комментарии к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: учебно-практический комментарий / под ред. А. П. Сергеева. М.: «Проспект», 2010.
- Курдин А. А., Комкова А. А. Особенности антимонопольной политики в сфере объектов интеллектуальной собственности на примере США и ЕС // *Лаборатория проблем конкуренции и конкурентной политики. Бюллетень конкурентной политики*. — 2012. — № 9 (октябрь).
- Обзор российского рынка брендируемых дженериков. ИМЦ «Фармэксперт», 10 мая 2011 г. URL: <http://www.pharmexpert.ru/analytics/6/2206>.
- Попов Д. Диспансеризация для фармацевтических инноваций // *Ремедиум*. 2011. № 5. // URL: http://www.remedium.ru/section/detail.php?ID=49781&from=sub&SHOWALL_1=1.
- Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 июля 2008 г. № 09 АП-8013/2008. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=MARB;n=343312>.

- Постановление от 26 мая 2010 г. № КГ-А40/4710–10 ФАС Московского округа. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=AMS;n=127786>.
- Постановление Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=86879>.
- Постановление Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=2732>.
- Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17 февраля 2003 г. № А43–10716/02–27–10 исп. URL: http://www.lawmix.ru/volgovyat_jude/8850.
- Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 30 марта 2006 г. № А17–619/3–2005. URL: <http://www.lawmix.ru/volgovyat/22907>.
- Постановление ФАС Северо-Западного округа от 2 февраля 2006 г. № А56–20578/2005. URL: http://www.lawmix.ru/szo_jude/148.
- Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 16 декабря 2003 г. № Ф08–4839/03. URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/22054523/>.
- Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 мая 2009 г. № КГ-А40/4336–09. URL: <http://base.garant.ru/5709062/>.
- Правила оформления заявки (документов и материалов), представляемой на регистрацию программ для ЭВМ и баз данных, утвержденные приказом Минобрнауки России от 29.10.2008 г. № 324 // URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/94865/>.
- Правовые проблемы защиты прав на программу для ЭВМ при обратной разработке получили широкое освещение // Samuelson P., Scotchmer S. The Law and Economics of Reverse Engineering / The Yale Law Journal. Vol. 111, № 7 (May, 2002). P. 1575-1663.
- Проект Федерального закона № 47538–6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/445044/>.
- РАНХиГС. Последствия слабой конкуренции: количественные оценки и выводы для политики (экспертно-аналитический доклад) // Экономическая политика. — 2012. — № 6.
- Судариков С. А. Право интеллектуальной собственности : учеб. М.: ТК Велби : «Проспект», 2010. 368 с.
- Тироль Ж. Рынки и рыночная власть: теория организации промышленности. В 2-х т. Изд. 2 испр. / пер. с англ. под ред. В. М. Гальперина и Н. А. Зенкевича. Спб.: Экономическая школа, Т. II., 2000. 450 с.
- Уголовный кодекс Российской Федерации // URL: <http://www.uk-rf.com>.
- Уильямсон О. Сравнение альтернативных подходов к анализу экономической организации // Уроки организации бизнеса / сост. А. А. Демин, В. С. Катъкало. Спб.: Лениздат, 1994. С. 51-63.
- Уильямсон О. И. Экономические институты капитализма: Фирмы, рынки, «отношенческая» контрактация / научн. ред. и вст. ст. В. С. Катъкало; пер. с англ. Ю. Е. Благова, В. С. Катъкало, Д. С. Славнова, Ю. В. Федотова, Н. Н. Цытович. — Спб. : Лениздат ; CEV Press, 1996. — 702 с.
- Федеральный закон от 04.10.2010 г. № 259-ФЗ «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации». URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/279542>.
- Щаститко А. Е. Новая институциональная экономическая теория / 4-е изд. перераб. и доп. М.: ТЕИС, 2010. 828 с.
- Щаститко А. Е. Быть или не быть антитрасту в России? // Экономическая политика. — 2012. — № 3. — С. 50-70.
- Щаститко А. Е. Экономическая теория организаций: учебное пособие. М.: ИНФРА-М, 2007. 301 с.
- Щаститко А. Е., Курдин А. А. Антитраст и защита интеллектуальной собственности в странах с развивающейся рыночной экономикой // Вопросы экономики. — 2012. — № 1. С. 84-95.

Параллельный импорт: преодоление мифа

Параллельный импорт: преодоление мифа



**Игорь Александрович
Дроздов**

Фонд «Сколково»,
старший вице-президент
по правовым
и административным
вопросам.
Кандидат юридических наук



**Алексей Юрьевич
Иванов**

Фонд «Сколково», директор
Департамента правовой
политики и общественного
развития.
Магистр права Гарвардского
университета

1. Параллельный импорт как правовое явление

Параллельный импорт — это явление, происходящее из установленных правовых предписаний, хотя и не имеющее четкой правовой квалификации. Данный термин создает немало противоречивых интерпретаций за счет смешения в одном понятии сразу публично-правовой категории импорта (таможенный режим) и частно-правового института интеллектуальных прав, который, собственно, и формирует смысловой центр этого явления.

Для понимания феномена параллельного импорта необходимо четко представлять правовой контекст, в котором он возник.

Как отмечал один из ключевых идеологов написания четвертой части Гражданского кодекса РФ В. А. Дозорцев, основной причиной возникновения института интеллектуальной собственности была «потребность в пуске результатов интеллектуальной деятельности в экономический оборот».

Исключительное право на РИДСИ¹ — это специальная правовая категория, изобретенная для того, чтобы придать интеллектуальному продукту (произведениям, изобретениям, коммерческим обозначениям и проч.) оборотоспособность, схожую с оборотоспособностью объектов материального мира (вещей). Как отмечал один из ключевых идеологов написания четвертой части Гражданского кодекса (ГК) РФ В. А. Дозорцев, основной причиной возникновения института интеллектуальной собственности была «потребность в пуске результатов интеллектуальной деятельности в экономический оборот»².

Учитывая, что главным инструментом обеспечения товарного оборота в то время, когда была осознана и институционализована возможность коммерческого оборота РИДСИ (конец XVIII — начало XX в.), являлось право собственности на вещи, то и исключительное право на РИДСИ было описано по аналогии с вещным правом собственности.

Статья 1229 «Исключительное право» ГК РФ описывает эту конструкцию следующим образом:

¹ РИДСИ — результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

² Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исследовательский центр частного права. М.: Статут, 2003. С. 13.

Лицо, обладающее исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (*правообладатель*), *вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом*. Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. *Другие лица не могут использовать соответствующие результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом*.

Видно, что данная норма сформулирована в той же логике, что и норма о вещном праве собственности (ст. 209 ГК РФ), которая устанавливает, что собственник вправе по своему усмотрению *совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц*.

Сопоставление описания возможностей «правообладателя» в институте интеллектуальных прав и «собственника» в институте вещных прав обнаруживает и заметные различия.

В отношении собственника вещи законодатель использует термин «действия», который сам по себе не имеет правового смысла. Это общеупотребительное слово, которое должно быть понятно любому человеку, живущему в материальном мире. Совершать действия с вещами — это нормальное и понятное явление нашей реальности.

В отношении правообладателя исключительного права на РИДСИ законодатель применяет специальный термин «использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации». Что такое использование нематериального объекта (идей, знаний и информации) — не вполне очевидно. По этой причине законодатель в отношении исключительного права на РИДСИ вводит детализированные и, что примечательно, различные списки тех действий, которые он считает тем самым использованием РИДСИ в отношении каждого из охраняемых объектов интеллектуальных прав (см. в ГК РФ п. 2 ст. 1270 в отношении произведения; п. 2 ст. 1358 в отношении изобретения, полезной модели или промышленного образца; п. 3 ст. 1421 в отношении селекционного достижения; п. 2 ст. 1454 в отношении топологии интегральных микросхем; п. 1 ст. 1466 в отношении секрета производства; п. 2 ст. 1484 в отношении товарного знака; п. 2 ст. 1519 в отношении наименования

места происхождения товара; п. 1 ст. 1539 в отношении коммерческого обозначения).

Разнообразие в детализации видов использования в отношении каждого из типов РИДСИ очень хорошо отражает проблему отсутствия универсального понимания того, что собой представляет использование объектов нематериального мира (идей, информации, знаний).

Одна из значимых проблем — это различие категории использования РИДСИ и категории совершения действий в отношении вещи. Иначе говоря, проблема конфликта интеллектуальных и вещных прав.

В ст. 1227 «Интеллектуальные права и право собственности» ГК РФ законодатель попытался разрешить этот конфликт в общих чертах, сказав, что «интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в котором выражены соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации». Таким образом, законодатель разводит интеллектуальные права на нематериальные объекты и вещные права на объекты материального мира в две параллельные плоскости. Это позволяет сделать вывод о том, что законодатель принципиально не смешивает «действия с вещами» и «использование РИД». Эти две категории предлагается воспринимать как две непересекающиеся реальности, существующие по собственным правилам.

Законодатель принципиально не смешивает «действия с вещами» и «использование РИД». Эти две категории предлагается воспринимать как две непересекающиеся реальности, существующие по собственным правилам.

Однако в то же время целый ряд так называемых видов использования РИДСИ, указанных в перечисленных выше статьях ГК РФ, описывается в категориях вещного мира. Например, продажа экземпляров произведения или продукта, в котором использовано изобретение, либо семян селекционного достижения, а также интегральных микросхем, в которых включена топология, — это все случаи, когда действия с собственно вещами, а не РИДСИ (идеями, знаниями и проч.) как таковыми признаются нарушением интеллектуальных прав, т. е. исключительных прав на РИДСИ.

Получается, что указанный конфликт между областью интеллектуальных прав и вещных прав не решается общей нормой о параллельности существования этих миров, установленной ст. 1227 ГК РФ. Собственник, который по логике закона вправе совершать со своей вещью любые действия, продавая ее, может нарушить права правообладателя исключительного права на РИДСИ, «выраженные» в этой вещи.

В юриспруденции был предложен подход, который получил название «исчерпание исключительного права». Цель данного подхода состояла в том, чтобы институт интеллектуальных прав не блокировал оборот вещей, удовлетворяя при этом обоснованные интересы правообладателя в монетизации его интеллектуальных усилий.

В связи с нерешенностью возникшего конфликта указанной общей нормой в юриспруденции был предложен подход, который получил название «исчерпание исключительного права». Цель данного подхода состояла в том, чтобы институт интеллектуальных прав не блокировал оборот вещей, удовлетворяя при этом обоснованные интересы правообладателя в монетизации его интеллектуальных усилий. Интерес правообладателя при таком подходе был ограничен так называемой «первой продажей» вещи, в которой выражен принадлежащий ему РИДСИ, а последующий оборот этой вещи был освобожден от влияния института интеллектуальных прав.

Данный подход сложился в исторических решениях Верховного суда США в конце XIX — начале XX в., а затем был закреплен в праве всех ведущих индустриальных держав. Так, в деле *Adams v. Burke* (1873)³ Верховный суд США постановил, что «согласно сути вещей, когда патентообладатель или лицо, им уполномоченное, продает машины или оборудование, ценность которых состоит именно в их использовании, он получает вознаграждение за их использование и отказывается от права ограничивать такое использование. Товар, таким образом, согласно мнению суда переходит без монопольного ограничения, установленного патентным правом. Это означает, что патентообладатель на основании купли-продажи получает вознаграждение или роялти, которые он хотел бы получить за использование своего изобретения в данной конкретной машине или оборудовании, и покупатель свободен в использовании этого товара безо всяких ограничений со стороны патентной монополии правообладателя»⁴ (перевод авторов — прим.). Аналогичный подход был выражен применительно к авторскому праву в решении Верховного суда США по спору между издателем и книготорговцем 1908 г.⁵ В этом деле издатель хотел навязать книготорговцу условия последующей продажи книг, основываясь на своем исключительном праве на производство, выраженном в книгах. Однако суд занял сторону торговца, признав, что интерес издателя лишь ограничен запуском материального объекта (книги) в оборот.

Идеология этого подхода очень хорошо описана в одном из заметных решений американского судьи и ученого

³ См.: *Adams v. Burke*, 84 U.S. 17 Wall. 453 (1873). URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/84/453/case.html>.

⁴ См.: *Adams v. Burke*, 84 U.S. 17 Wall. 453 (1873), перевод авторов.

⁵ См.: *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908). URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/210/339>.

Ричарда Познера⁶. В частности, он отметил, что если бы не было доктрины исчерпания исключительного права на РИДСИ, то при каждой продаже вещи надо было бы выдавать покупателю принудительную лицензию.

В континентальной правовой традиции идея исчерпания исключительного права на РИДСИ при первой продаже (введении в оборот) вещи, в которой этот РИДСИ нашел выражение, отражена в правиле, сформулированном имперским судом Германии в 1902 г.: «Если патентообладатель продал свой товар, пользуясь исключительным правом, он уже получил выгоду от прав, предоставленных ему патентом, и, соответственно, исчерпал свое исключительное (монопольное) право»⁷.

«Если патентообладатель продал свой товар, пользуясь исключительным правом, он уже получил выгоду от прав, предоставленных ему патентом, и, соответственно, исчерпал свое исключительное (монопольное) право».
Решение имперского суда Германии, 1902 г.

В российском праве доктрина «первой продажи» получила выражение в ряде норм ГК РФ. Например, ст. 1272 «Распространение оригинала или экземпляров опубликованного произведения» устанавливает, что, если оригинал или экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения.

Концепция параллельного импорта вводит в описанную модель соотношения интеллектуальных и вещных прав новое затруднение, связывая исчерпание исключительного права на РИДСИ не только с введением вещи в оборот, но и с таким публично-правовым юридическим фактом, как импорт.

Концепция параллельного импорта вводит в описанную модель соотношения интеллектуальных и вещных прав новое усложнение, связывая исчерпание исключительного права на РИДСИ не только с введением вещи в оборот, но и с таким публично-правовым юридическим фактом, как импорт. Получается, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, вы-

раженный в вещи, выпущенной в оборот, снова как бы «оживает» при пересечении такой вещью государственной границы страны, которая устанавливает запрет параллельного импорта.

Юридыко-технически выделяют так называемые режимы исчерпания исключительных прав: национальный (доктрина «первой продажи» работает только для рынка одной страны), региональный (доктрина «первой продажи» работает для ряда стран) и международный. В рамках международного режима исчерпания исключительных прав не существует каких-либо территориальных ограничений для доктрины «первой продажи», как нет территориальных ограничений и для признания и защиты права собственности или большинства исключительных прав на РИДСИ⁸.

Идея территориальной сегментации действия частно-правового института исключительного права на РИДСИ и установленных правил его исчерпания — это продукт развития международной торговли. Реальность международной торговли до этого периода была такова, что не требовала от правообладателей территориальной сегментации глобального рынка. Доктрина «первой продажи» формировалась в условиях развития преимущественно внутринациональной торговли.

В связи с этим важно отметить, что решения судов и законодательные акты, которыми в мире закреплялась доктрина «первой продажи», не затрагивали вопроса территориальности действия этой доктрины.

Законодатель утвердил доктрину «первой продажи» именно для того, чтобы ограничить право обладателя исключительных прав на РИДСИ разделять рынки, что соответствует принципиальным положениям законодательства о защите конкуренции.

Примечательно, что в недавнем решении Верховного суда США, напрямую рассматривающем вопросы применения доктрины «первой продажи» в современных условиях⁹, отмечается, что в период возникновения этой доктрины исключительные права на РИДСИ хотя и воспринимались как средство предоставления определенной ограниченной монополии правообладателю, но в то же время никогда не считались легальным инструментом территориального раздела рынка или ценовой дискриминации потребителей. Как раз напротив, Законодатель утвердил доктрину «первой продажи» именно для того, чтобы ограничить правообладателя

⁶ См.: Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc., 737 F.2d 698, 704 (7th Cir. 1984).

⁷ 51 RGZ 139 — Duotal. Цит. по: Christopher Heath, Parallel Imports and International Trade (WIPO Report presented at the Annual Meeting of the International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property at the headquarters of WIPO in Geneva (July 7 to 9, 1999)). URL: http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/export/international_exhaustion.htm.

⁸ В принципе было бы верным утверждение, что большинство гражданско-правовых институтов существуют в рамках международного режима. Так, право собственности или обязательства из договоров признаются, как правило, на территории любого современного цивилизованного государства независимо от места их возникновения.

⁹ Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., No. 11–697 (U.S. March 19, 2013). URL: http://www2.bloomberglaw.com/public/desktop/document/Kirtsaeng_v_John_Wiley_Sons_Inc_No_11697_2013_BL_71417_US_Mar_19/1.

исключительных прав на РИДСИ разделять рынки, что соответствует принципиальным положениям законодательства о защите конкуренции¹⁰.

Верховный суд США в указанном решении пришел к однозначному выводу, что доктрина «первой продажи», как она сформулирована в праве интеллектуальной собственности США, не допускает какого-либо зонирования рынка — будь то национальный или глобальный рынок.

Верховный суд США в указанном решении пришел к однозначному выводу, что доктрина «первой продажи», как она сформулирована в праве интеллектуальной собственности США, не допускает какого-либо зонирования рынка — будь то национальный или глобальный рынок. Любой товар, легально выпущенный в обращение независимо от того где — в США или иной стране, подлежит свободному гражданскому обороту, не считаясь с желанием обладателя исключительных прав на РИДСИ, воплощенные в этом товаре¹¹.

Весьма характерно, что в этом знаменитом деле Верховный суд США в обосновании своих выводов о природе доктрины «первой продажи» основывался на традиционной правовой концепции недопущения договорных условий, ограничивающих правоспособность. Так, в качестве аналогии к отношениям по использованию РИДСИ Верховный суд сослался на одного из ключевых юристов елизаветинской Англии XVII в. — сэра Эдварда Кока, который, рассуждая о пределах ограничения договорной свободы, утверждал, что если продавец товара включает в договор условие о том, что покупатель не имеет права последующей перепродажи такого товара, то данное условие будет противоречить самой природе торгового оборота и отношений между людьми¹². Исходя из данного общего тезиса Верховный суд США делает вывод, что то право, которое позволяет правообладателю кон-

тролировать перепродажу или иное использование товаров, уже введенных в оборот, равным образом противоречит самой природе хозяйственных отношений между людьми¹³.

В то же время указанное решение Верховного суда США, будучи прекрасным образцом дискуссии по проблеме применения доктрины «первой продажи» в современном мире, вскрыло иной важный аспект этой проблемы — ее связь с внешнеторговыми интересами государств в условиях развития глобальной экономики.

В своем особом мнении к указанному решению Верховного суда США судья Рут Гинзбург указала на непосредственную связь государственной политики США в области торговых переговоров и определенного толкования положений доктрины «первой продажи», позволяющего выводить из нее возможность территориального зонирования мирового рынка. В частности, судья Гинзбург заявила, что она выступает против комментируемого решения Верховного суда, чтобы соответствовать жесткой позиции, которую правительство США занимает в торговых переговорах на международной арене¹⁴.

Как отметила судья Гинзбург, поскольку экономические условия и спрос на определенные товары различаются в разных частях планеты, то правообладатели финансово заинтересованы устанавливать разные цены на свою продукцию в зависимости от регионов распространения. При этом, как отметила судья, возможность правообладателей осуществлять такую ценовую дискриминацию будет существенно ограничена, если торговые посредники смогут импортировать продукцию из регионов с низкой ценой в регионы с более высокой ценой¹⁵.

«Взвесив противоположные точки зрения, правительство США пришло к выводу, что широкое распространение в мире международного принципа исчерпания прав будет противоречить долгосрочным экономическим интересам США», — отмечает судья Гинзбург¹⁶.

«Взвесив противоположные точки зрения, правительство США пришло к выводу, что широкое распространение в мире международного принципа исчерпания

¹⁰ «The Constitution describes the nature of American copyright law by providing Congress with the power to „secur[e]” to „[a]uthors” „for limited [t]imes” the „exclusive [r]ight to their... [w]ritings”. Art. I, § 8, cl. 8. The Founders, too, discussed the need to grant an author a limited right to exclude competition. <...> But the Constitution’s language nowhere suggests that its limited exclusive right should include a right to divide markets or a concomitant right to charge different purchasers different prices for the same book, say to increase or to maximize gain. Neither, to our knowledge, did any Founder make any such suggestion. We have found no precedent suggesting a legal preference for interpretations of copyright statutes that would provide for market divisions. <...> To the contrary, Congress enacted a copyright law that (through the „first sale” doctrine) limits copyright holders’ ability to divide domestic markets. And that limitation is consistent with antitrust laws that ordinarily forbid market divisions». Ibid, P. 31–32.

¹¹ В частности, Верховный суд США отметил: «The common-law „first sale” doctrine, which has an impeccable historic pedigree, makes no geographical distinctions». Ibid, Syllabus, P. 3.

¹² «In the early 17th century Lord Coke explained the common law’s refusal to permit restraints on the alienation of chattels. <...> Lord Coke wrote: „ [I]f a man be possessed of... a horse, or of any other chattel... and give or sell his whole interest... therein upon condition that the Donee or Vendee shall not alien[ate] the same, the [condition] is voi[d], be cause his whole interest... is out of him, so as he hath no possibilit[y] of a Reverter, and it is against Trade and Traffi[c], and bargaining and contracting betwee[n] man and man: and it is within the reason of our Author that it should ouster him of all power given to him». Ibid, P. 17.

¹³ «A law that permits a copyright holder to control the resale or other disposition of a chattel once sold is similarly „against Trade and Traffi[c], and bargaining and contracting”». Ibid, P. 17

¹⁴ «I would resist a holding out of accord with the firm position the United States has taken on exhaustion in international negotiations». Ibid, Dissenting Opinion, P. 22

¹⁵ «Because economic conditions and demand for particular goods vary across the globe, copyright owners have a financial incentive to charge different prices for copies of their works in different geographic regions. Their ability to engage in such price discrimination, however, is undermined if arbitrageurs are permitted to import copies from low-price regions and sell them in high-price regions». Ibid, Dissenting Opinion, P. 2.

¹⁶ «Weighing the competing policy concerns, our Government reached the conclusion that widespread adoption of the international-exhaustion framework would be inconsistent with the long-term economic interests of the United States». Ibid, Dissenting Opinion, P. 20

прав будет противоречить долгосрочным экономическим интересам США». — Судья Рут Гинзбург, Верховный Суд США.

По сути, судья Гинзбург предложила подчинить толкование доктрины «первой продажи» внешнеполитическим интересам США и выразила возмущение тем фактом, что Верховный суд США не учитывает этого важного обстоятельства: «В то время как наше правительство убеждает наших торговых партнеров отказаться от принятия международного режима исчерпания исключительных прав, который выгоден потребителям в этих странах, но существенно подрывает интересы производителей объектов интеллектуальной собственности в США, Верховный суд устанавливает международный режим исчерпания исключительных прав»¹⁷.

«В то время как наше правительство убеждает наших торговых партнеров отказаться от принятия международного режима исчерпания исключительных прав, который выгоден потребителям в этих странах, но существенно подрывает интересы производителей объектов интеллектуальной собственности в США, Верховный суд устанавливает международный режим исчерпания исключительных прав».

В указанном деле Верховный суд США отказался услышать политико-экономические аргументы судьи Гинзбург и определил международный принцип исчерпания исключительных прав в качестве логичного следствия правовой природы доктрины «первой продажи», не имеющей территориальных ограничений.

Тем не менее выгоды от ценового зонирования глобального рынка существенно влияют на формирование решений государств по вопросам определения территориальных границ исчерпания исключительных прав, т. е. регулирования так называемого параллельного импорта.

¹⁷ «While the Government has urged our trading partners to refrain from adopting international-exhaustion regimes that could benefit consumers within their borders but would impact adversely on intellectual-property producers in the United States, the Court embraces an international-exhaustion rule that could benefit U.S. consumers but would likely disadvantage foreign holders of U.S. copyrights». Ibid, Dissenting Opinion, P. 20

2. Политико-экономические аспекты регулирования параллельного импорта

Необходимо обратить внимание, что ни одна международная конвенция в области интеллектуальной собственности не требует от национальных законодателей устанавливать территориальные границы для действия доктрины «первой продажи».

Ни одна международная конвенция в области интеллектуальной собственности не требует от национальных законодателей устанавливать национальные границы для действия доктрины «первой продажи».

Более того, большинство развитых стран, в том числе США и Германия, таких положений не имеют. И, как мы показали выше на примере аргументов Верховного суда США (напомним, что именно решением этого суда в мировую юридическую мысль была введена доктрина «первой продажи»), идея территориального ограничения действия доктрины «первой продажи» противоречит ключевым принципам регулирования экономической жизни.

Весьма характерно, что ст. 6 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) также исходит из той логики, что территориальное ограничение действия доктрины «первой продажи» (исчерпания исключительных прав) противоречит целям и задачам либерализации мировой торговли и само по себе может составлять предмет для оспаривания со стороны государств — членов Всемирной торговой организации (ВТО). Именно для того, чтобы не допустить этого, указанная ст. 6 ТРИПС устанавливает, что вопросы исчерпания исключительных прав должны быть исключены из предмета возможного оспаривания в рамках установленной в ВТО процедуры рассмотрения споров.

Иными словами, несмотря на очевидное несоответствие территориального зонирования мирового рынка посредством установления территориальных ограничений действия доктрины «первой продажи» принципам регулирования мировой торговли в рамках ВТО, это несоответствие не может быть предметом разбирательства, т. е. является подспудно допустимым, хотя и противоречит целям и задачам ВТО.

Характерно, что в итоговом докладе за 1998 г. рабочей группой по торговле и конкуренции прямо отмечено, что положения права интеллектуальной собственности, которые позволяют правообладателям запрещать параллельный импорт, могут быть использованы для ограничения конкуренции путем раздела рынков и огра-

ничения международной торговли. Было сделано предложение о том, чтобы вопрос о параллельном импорте и соответствующем режиме исчерпания исключительных прав находился в фокусе работы данной группы¹⁸.

Принципы и правила конкуренции, утвержденные Генеральной Ассамблеей ООН, прямо устанавливают, что практика поддержания цен и сегментирования мирового рынка за счет использования запретов на параллельный импорт является антиконкурентной бизнес-практикой¹⁹.

Принципы и правила конкуренции, утвержденные Генеральной Ассамблеей ООН, прямо устанавливают, что практика поддержания цен и сегментирования мирового рынка за счет использования запретов на параллельный импорт является антиконкурентной бизнес-практикой.

Установление территориальных ограничений действия доктрины «первой продажи», таким образом, становится инициативой национального законодателя.

Поскольку включение территориальных ограничений исчерпания исключительных прав является национальной инициативой, то с точки зрения теории публичного выбора принимаемое решение должно быть обоснованным. Однако обоснование введения в российское законодательство такого ограничения строится либо со ссылкой на несуществующие «международные обязательства» России, как, например, в Определении Конституционного суда РФ от 22.04.2004 г. № 171-О: «Запрещение такого способа использования товарного знака правообладателя, как ввоз маркированной таким знаком продукции на территорию Российской Федерации, направлено на соблюдение международных обязательств Российской Федерации в области охраны интеллектуальной собственности»; либо «от обратного», когда требуют доказательства необходимости отмены введенного ограничения, а не обоснования его введения.

¹⁸ Report (1998) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council, Section 120. URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006-1.aspx?Id=19500&IsNotification=False.

¹⁹ The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (first adopted by the General Assembly on Dec. 5, 1980 and reviewed in 1985, 1990, 1995 and 2000 respectively), Sec. D (4)(e). URL: <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSet/cpset.htm>.

В ряде других стран мира обсуждение вопросов установления соответствующего режима исчерпания исключительных прав является результатом глубокого анализа плюсов и минусов для национальной экономики и общественного развития.

В ряде других стран мира обсуждение вопросов установления соответствующего режима исчерпания исключительных прав является результатом глубокого анализа плюсов и минусов для национальной экономики и общественного развития.

Существует ряд актуальных вопросов, связанных с режимами исчерпания и нашедших свое отражение в современных исследованиях проблемы. Среди них:

- влияние выбора режима исчерпания на общественное благосостояние;
- влияние выбора режима исчерпания на стимулы к инновационной деятельности.

К примеру, объясняя политический выбор Евросоюза в пользу регионального режима исчерпания, Кристофер Стотерс в своей книге²⁰ утверждает, что ограничения (барьеры) на параллельный импорт извне ЕС стали необходимы для защиты свободной торговли внутри союза и поддержки европейской промышленности. Если бы некоторые страны — члены ЕС допустили параллельный импорт, то вся идея единого внутреннего рынка ЕС была бы искажена из-за более низких цен в этих странах. Защищая свою европейскую промышленность (поддержание экспорта и трудовой занятости), ЕС ограждает внутренний рынок от реимпорта своих товаров, выпущенных на зарубежных рынках по более низким ценам. При этом на внутреннем рынке ЕС параллельный импорт товаров разрешен. Так, крупнейшими рынками назначения параллельного импорта являются богатейшие страны ЕС — Германия, Дания, Швеция, где цены традиционно выше. Главными экспортерами выступают Греция и Испания, где уровень цен относительно региона ниже.

В свою очередь многие развивающиеся страны не могут себе позволить оказаться в условиях ценового зонирования мировой экономики, которые им навязывают. Так, в ответ на острую потребность в лечении ВИЧ правительство Кении реформировало патентное право и разрешило параллельный импорт соответствующих медицинских препаратов. На момент написания работы в Кении ежедневно погибает 300 человек, при этом 1,5 млн человек проживает с ВИЧ-инфекцией на территории страны. Законодательные поправки позволили импортировать необходимые непатентованные лекарства (дженерики) по доступной цене.

В свою очередь многие развивающиеся страны не могут себе позволить оказаться в условиях ценового зонирования мировой экономики, которые им навязывают.

Наверное, большинство существующих работ в сфере параллельного импорта анализирует именно фармацевтический рынок. Этот сектор привлекает особое внимание исследователей в силу того, что, во-первых, параллельный импорт обычно возникает в индустриях с высокой добавленной стоимостью продукции, во-вторых, по нему доступны достоверные статистические данные за длительный период времени и, в-третьих, стоимость и доступность фармацевтической продукции является одним из критически важных факторов, сказывающихся на здоровье и благосостоянии населения.

Крупные фармацевтические производители обычно заявляют, что для наиболее важных лекарств ценовая политика в разных странах формируется исходя из соображений общественного блага и желания обеспечить доступность продукции. Однако исследователи отмечают, что компании также могут использовать данные медицинской статистики для того, чтобы установить более высокую цену в регионе на продукт, пользующийся большим спросом²¹ (по аналогии с дискриминацией, проявляемой страховыми компаниями при определении страховой премии).



²⁰ Stothers C. Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law. Hart Publishing, 2007.

²¹ Fisher W., Syed T. Infection: The Health Crisis in the Developing World and What We Should Do About It. Chapter 6: Differential Pricing. Stanford University Press (forthcoming). Available at. URL: http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/Drugs_Chapter6.pdf.

Работа Вильяма Фишера и Талхи Сайед приводит примеры действий с подобной логикой. Например, для стран латиноамериканского региона стоимость годового курса терапии СПИДа ЗТС/AZT/EFV в мае 2002 г. составила от \$ 1 226 до \$ 3 619. При этом стоимость в Аргентине (1 339) едва составляла треть от стоимости в Колумбии, при том что Аргентина существенно богаче (ВВП больше в два раза). Разброс цен отражен на рисунке выше.

Исследования со сходными результатами опубликованы также Данзоном и Фурукавой²² и Ребеккой Хеллерстайн²³.

Научные работы часто фиксируют положительную динамику цен на фармацевтическую продукцию после разрешения параллельного импорта.

Учитывая пример Колумбии, не удивительно, что научные работы часто фиксируют положительную динамику цен на фармацевтическую продукцию после разрешения параллельного импорта. Ниже в форме сравнительной таблицы приведены результаты подсчетов в работах исследователей Канавоса, Вест и Махон и Педерсен, показывающие прямую экономию общества от параллельного импорта в фармацевтическом секторе (в млн евро в год).

	Канавос ¹	Вест и Махон ²	Педерсен ³
Англия	6,9	342	237
Германия	17,7	194	145
Дания	3,0	47	14,2
Швеция	3,8	16	45,3
Всего:	31,4	599	441,2

Последнее из исследований Педерсена, опубликованное в ноябре 2011 г., демонстрирует, что ежегодная экономия для этих же стран за 2004–2009 гг. составила примерно 0,5 млрд евро, несмотря на замедление экономики.

Гансландт и Маскус — авторы другого известного экономического исследования²⁷ — смогли отследить поведение производителя оригинальной продукции в условиях появления на рынке параллельных импортеров впервые. В своей работе ученые показали, как цены на лекарственные препараты в Швеции падают по мере роста объема параллельного импорта с 1995 по 1998 г.

Снижение цены производителем оригинальной продукции достигает 19 %. При этом часто сама возможность присутствия конкуренции со стороны параллельных импортеров, возникшая в Швеции после присоединения к ЕС, служила причиной снижения рыночных цен в целом.

По мнению Ипека Ерен-Вурала²⁸, исследовавшего радикальные изменения, произошедшие в последние 20 лет в фармацевтической патентной политике развивающихся стран, организованная политическая борьба в пользу использования изъятий из ТРИПС привела Индию к достаточно мягкому режиму регулирования фармацевтических патентов (включая режим параллельного импорта). Высокий уровень влияния местных производителей фармацевтической продукции, низкий уровень внешней зависимости рынка от интересов транснациональных компаний, а также способность местных производителей к созданию мощных политических альянсов способствовали такому результату.

Ввоз товаров независимыми импортерами позволяет полнее удовлетворить потребности рынка и обычно возникает, когда цены на продукт в стране-экспортере ниже, чем в стране-импортере, а также когда правообладатель не поставляет ту или иную продукцию в страну-импортер²⁹. Заметная доля лекарств, книг, дисков, программного обеспечения, электроники и автомобилей завозится независимыми поставщиками на рынки, где их деятельность возможна. Свободный параллельный импорт усиливает, таким образом, позицию потребителя страны-импортера и ослабляет позиции правообладателя страны-экспортера.

Ввоз товаров независимыми импортерами позволяет полнее удовлетворить потребности рынка и обычно возникает, когда цены на продукт в стране-экспортере ниже, чем в стране-импортере, а также когда правообладатель не поставляет ту или иную продукцию в страну-импортер.

²² Danzon P., Furukawa M. Prices and Availability of Pharmaceuticals: Evidence from Nine Countries // Health Affairs, 2003. URL: <http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/hlthaff.w3.521.v1/DC1>.

²³ Hellerstein R. Do Drug Prices Vary Across Rich and Poor Countries? // Social Science Research Council Publication. 2003. P. 29.

²⁴ Kanavos P., Costa-I-Font J., Merkur S., Gemmill M. The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Union Member States: A Stakeholder Analysis / Special Research Paper. London School of Economics and Political Science. 2004.

²⁵ West P., Mahon J. Benefits to Payers and Patients From Parallel Trade / York Health Economics Consortium. 2003.

²⁶ Enemark U., Pedersen K. M. Parallel imports of pharmaceuticals in Denmark, Germany, Sweden and the UK, 2004–2009: An analysis of savings / University of Southern Denmark, Odense. 2011.

²⁷ Ganslandt M., Maskus K. Parallel imports and the pricing of pharmaceutical products: evidence from the European Union // Journal of Health Economics. 2005. № 23. P. 1 035–1 057.

²⁸ Eren-Vural I. 2007. Domestic Contours of Global Regulation: Understanding the Policy Changes on Pharmaceutical Patents in India and Turkey // Review of International Political Economy. – 2007. – Vol. 14. – № 1. – P. 105–142.

²⁹ MacGillivray R. Parallel Importation: A Framework for a Canadian Position on Exhaustion of Intellectual Property Rights // SJD Thesis. University of Toronto, Faculty of Law. 2008.

Яркие примеры такого явления — автомобильный рынок Израиля и рынок книг и звукозаписей Австралии. Указанные примеры были предметом глубокого исследования специалистов.

Израильский автомобильный рынок почти полностью зависит от импорта из США, Европы и Дальнего Востока. Собственное промышленное производство автомобилей не развито в силу небольшого объема внутреннего рынка, отсутствия местной тяжелой промышленности и удаленности от рынков США и Европы.

По мнению Комиссии по повышению конкуренции Израиля, на рынке автомобилей местные потребители платят завышенную цену за импортные машины в силу низкой конкуренции на рынке поставок (на 2012 г. разница между оригинальными и неоригинальными запчастями достигла 700–4000 шекелей). 23 февраля 2012 г. профессор Ярон Залиха представил министру транспорта Исраэлю Кацу отчет с выводами и рекомендациями комиссии, поощряющими параллельный импорт³⁰. Кац публично выступил в защиту отчета, принял его выводы и сформировал специальную группу для реализации рекомендаций.

Используя индекс Херфиндаля-Хиршмана, методологию Майкла Портера³¹ и ряд других инструментов, комиссия детально изучила влияние концентрации компаний на уровень конкуренции на рынке и профит³² (излишки), который формируется у производителя.

Примерно 55 % автомобильного рынка Израиля (объем — 100 млрд шекелей в год) состоит из четырех импортеров (из семнадцати); примерно 64 % рынка лизинговых автомобилей — из четырех компаний; примерно 54 % страхового рынка — из четырех групп. Комиссия установила, что автомобильный рынок страны неэффективен (присутствует так называемый «провал рынка»³³), прежде всего потому, что четыре крупнейших импортера в отрасли находятся в олигополистическом сговоре.

Цены на автомобильном рынке фиксируются соглашениями крупных импортеров при практически полном отсутствии конкуренции между ними: цена автомобиля

в Израиле по соглашению FOB³⁴ (согласно комиссии) — одна из самых низких в мире, в то время как цены CIF³⁵ находятся на втором месте в мире. При этом, по мнению некоторых официальных автоцентров, импортеры практически вынуждают их приобретать оригинальные запчасти только у импортеров. Данное принуждение также сказывается на конечной цене продукции.

Олигополистическая корректировка цен и концентрация крупных игроков на рынке стали возможны в силу ограничений параллельного импорта и недостатка регуляторного вмешательства, стимулирующего конкуренцию внутри рынка (по всей цепочке: производитель — импортер — автосалон — авторемонтная мастерская). По мнению комиссии, в силу сложившихся структурных проблем импортеры в Израиле конкурируют за брендинг и репутацию, но не за цены.

Комиссия по повышению Конкуренции Израиля считает, что на действующем автомобильном рынке израильские потребители уязвимы. Ссылаясь на работу известного экономиста Джозефа Стиглица, комиссия делает вывод о том, что в ситуации, когда имеет место искусственное ограничение импорта, влияющее на благосостояние общества, вмешательство правительства является оправданной мерой.

Комиссия по повышению Конкуренции Израиля считает, что на действующем автомобильном рынке израильские потребители уязвимы. Ссылаясь на работу известного экономиста Джозефа Стиглица³⁶, комиссия делает вывод о том, что в ситуации, когда имеет место искусственное ограничение импорта, влияющее на благосостояние общества, вмешательство правительства является оправданной мерой. Некоторые из рекомендаций комиссии приведены ниже:

- ограничить количество брендов³⁷, которые может распространять один дилер на условиях эксклюзивности, чтобы развить конкуренцию не только между брендами, но и между каналами их распространения;

³⁰ Отчет общественной комиссии по развитию конкуренции в автомобильной отрасли по заказу Министерства транспорта и безопасности дорожного движения Израиля / Под ред. проф. и сертифициц. бухгалтера Залиха Я. 2012.

³¹ How competitive forces shape strategy, Michael E. Porter, Harvard Business Review, March-April 1979. P. 137.

³² Разница между общим доходом производителя от продажи заданного количества любого продукта и минимальным доходом, обеспечивающим готовность производства того же количества.

³³ Провал (неэффективность) рынка — это рыночная ситуация, при которой распределение ресурсов или обеспечение продукцией и услугами на рынке неэффективны. Провалы обычно возникают, когда некоторые игроки рынка обладают избыточной силой или лучше осведомлены по сравнению с другими. Чаще всего катализаторами провалов являются монополисты и картели.

³⁴ FOB (Free On Board) – международный торговый термин Инкотермс, использующийся для обозначения условий поставки груза, которые предусматривают, что продавец обязан доставить товар в порт и погрузить на указанное покупателем судно; расходы по доставке товара на борт судна ложатся на продавца.

³⁵ CIF (Cost, Insurance and Freight) – поставка на условиях CIF означает, что продавец выполнил поставку, когда товар погружен на транспортное средство в порту отгрузки, а продажная цена включает в себя стоимость товара, фрахт или транспортные расходы, а также стоимость страховки при перевозке.

³⁶ Stiglitz J. Whither Socialism? Cambridge and London: MIT Press. 1989.

³⁷ Комиссия заключила, что эффективнее ограничить количество брендов, чем соглашения о консорциуме с производителями.

- поощрять сделки путем личного (непосредственного) импорта с целью расширения возможностей потребителей;
- обязать официальных импортеров предоставлять гарантии на автомобили, ввезенные параллельными импортерами;
- разрешить всем автомастерским, утвержденным и разрешенным Министерством транспорта, обслуживать все автомобили, в том числе доставленные на территорию Израиля неофициальными импортерами, а также предоставлять справочную литературу и/или техническое оборудование по единой цене;
- разрешить приобретение запчастей в любых автомастерских (не только в автомастерских импортеров или «официальных» импортеров). Автомастерские обязаны произвести ремонт, даже если запчасти приобретены в другом месте (при условии, что автозапчасти новые);
- ограничить возможность крупных импортеров (с долей рынка 8 % и выше) заключать соглашения о консорциуме (только с одним автопромышленным концерном);
- предоставить право каждому гражданину ввозить два автомобиля в год и немедленно продавать их как подержанные;
- учредить должность «ответственного за цены» (омбудсмена), который будет анализировать данные, предоставленные крупными импортерами (ввозящими не менее тысячи автомобилей в год), и публиковать выводы о состоянии рынка;
- ввести понятие «мелкий импортер» (до 20 транспортных средств в год) с правом на особые льготы;
- снизить уровень контроля импортеров над ремонтными автомастерскими и над расширением выбора автозапчастей;
- учредить единый специальный сайт для публикации списка имеющихся запчастей и цен на них;
- предоставить потребителям возможность приобрести автомобиль по цене, близкой к той, за которую лизинговая компания приобретает автомобиль (иногда до 30 % ниже).

Несмотря на естественную географическую удаленность Австралии, параллельный импорт играет существенную роль и в этой стране. В силу дефицита древесины, небольшой емкости рынка и распространенности английского языка тиражи британских и особенно американских издательств представляют угрозу местным издательствам. Даже с учетом значительных транспортных издержек доля зарубежной продукции достигает 42 %.

Исследование, проведенное Комиссией по эффективности (Productivity Commission — независимый орган при правительстве Австралии) в 2009 г., показало, что в среднем цена на книги на австралийском рынке превышает цену на американском на 35 %. Основная причина такого превышения — ограничения на параллельный импорт, введенные специально для поддержки отечественной продукции в 1991 г.

Помимо того, что протекционистские меры привели к обратному результату (повышению цен), они также не достигли и другой своей цели — поддержать австралийских авторов. Например, одно из ограничений устанавливает, что в течение 30 дней после выхода иностранного издания отечественный производитель имеет эксклюзивное право на его изготовление и распространение на рынке Австралии. По причине того, что публикации зарубежных авторов преобладают в ассортименте издательств, большая часть (2/3) повышенных лицензионных платежей уходит именно им.

Таким образом, протекционистские по намерению ограничения параллельного импорта привели, по сути, к обратному эффекту, уменьшив благосостояние покупателей и увеличив доход зарубежных правообладателей.

Продвигая идею снятия запрета на параллельный импорт, комиссия утверждала, что отмена запрета не отразится негативно на количестве местных издательств и ассортименте их продукции. Авторы анализируют ситуацию в Новой Зеландии, где, несмотря на большую хрупкость рынка (его объем в 5 раз меньше рынка Австралии, и издержки по выпуску тиража, следовательно, выше), подобные ограничения были сняты в 1998 г. Вопреки опасениям открытие рынка для зарубежных книг в следующие 5 лет принесло еще примерно треть новых издательств, владельцами 9 из 10 которых стали местные предприниматели; при этом соотношение долей рынка (иностранное/локальные издатели) не поменялось, а количество местных изданий увеличилось (83 новых или плюс 6,5 % за 2007–2008 гг.).

Пападопулос в своей работе³⁸ изучил ситуацию на австралийском рынке звукозаписи после принятия поправки в закон об авторском праве, которая ввела принцип международного исчерпания прав интеллектуальной собственности и исключила возможность сегментирования рынка звукозаписи.

На момент проведения исследования 85 % записей, продаваемых на территории Австралии, импортировались из других стран. На Австралию приходилось только 2 % мировых продаж звукозаписей. Свободный параллельный импорт позволил увеличить конкуренцию на рынке поставок звукозаписей и снизить величину рояль-

³⁸ Papadopoulos T. Copyright, Parallel Imports and National Welfare: The Australian Market for Sound Recordings // The Australian Economic Review. — 2000. — Vol. 33. — № 4. — P. 337–348.

ти иностранных правообладателей. За счет перехода на международный принцип цена компакт-диска упала с \$ 29,95 до \$ 19,95 — этот выигрыш получили австралийские потребители.

Вопросы влияния режима исчерпания исключительных прав на благосостояние общества привлекают все большее внимание в России. Так, недавно широкую огласку в СМИ получила история закупки стентов для коронарного шунтирования в Краснодарском крае³⁹. Независимый поставщик, предложивший оборудование по цене вдвое меньшей, чем у официального дистрибьютора (средняя ввозная цена стентов Abbott составила 22,6 тыс. руб. в ценах СІР⁴⁰ против средней цены в 66,6 тыс. руб. по итогам государственных закупок), не смог продать стенты без разрешения правообладателя. Похожая ситуация сложилась с разбирательством по делу о перинатальном оборудовании английской торговой марки Sonicaid (больницы вынуждены закупать диагностические мониторы у официального дистрибьютора, значительно переплачивая), проходившим одновременно в судах Ленинградской и Нижегородской областей⁴¹.

Сегодня Россия является преимущественно импортером продукции, содержащей в себе объекты интеллектуальной собственности.

Мы поставили перед собой задачу оценить, насколько существующий режим исчерпания прав влияет на развитие экономики страны и в результате на повышение общественного благосостояния в России.

Одним из приоритетов экономического развития России является повышение инновационности экономики, ее бóльшая диверсификация, уход от сырьевой зависимости.

[Нами впервые было проведено в России крупномасштабное социологическое исследование, направленное на выявление значимости проблемы территориального ограничения исчерпания исключительных прав \(запрета параллельного импорта\) на работу малых и средних компаний инновационного сектора российской экономики.](#)

Нами впервые было проведено в России крупномасштабное социологическое исследование, направленное на выявление значимости проблемы территориального ограничения исчерпания исключительных прав (запрета параллельного импорта) на работу малых и средних компаний инновационного сектора российской экономики.

Исследование показало, что разрешение параллельного импорта способно оказать серьезное благоприятное влияние на инновационные компании, сталкивающиеся сегодня с множеством ограничений на импорт редкого и высокотехнологичного оборудования, крайне необходимого для их развития и конкурентоспособности на международных рынках

³⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа по делу № А45-5005/2012.

⁴⁰ СІР или Carriage and Insurance Paid (с англ. фрахт/перевозка и страхование оплачены до) — международный торговый термин (Инкотермс-2000), означающий, что продавец доставит товар названному перевозчику и обязуется при этом оплатить расходы, связанные с перевозкой до названного пункта назначения.

⁴¹ Шестаков Е. Расставляем знаки: параллельный импорт запретить нельзя разрешить. URL: http://www.intellectpro.ru/articles/?oper=view&news_id=222.

3. Влияние запрета параллельного импорта на деятельность инновационных компаний России

Исследования по параллельному импорту нередко сфокусированы на производителях или конечных потребителях, использующих зарубежную продукцию для личных или семейных нужд (напитки, парфюмерия, одежда, бытовая электроника, автозапчасти). Намного меньшее внимание исследователей и журналистов уделяется компаниям и государственным структурам, импортирующим товары, необходимые для их деятельности. Основными потребителями здесь оказываются технологические отрасли, а также имеющие высокую социальную значимость медицинский и образовательный секторы.

Высокотехнологичная инновационная отрасль активно использует зарубежную продукцию в своей работе; более того, зачастую без нее деятельность малых инновационных предприятий оказывается просто невозможной. Нам не удалось обнаружить статистики и исследований, которые бы рассматривали вопрос независимого импорта уже через призму интересов малых инновационных предприятий.

Высокотехнологичная, инновационная отрасль также активно использует зарубежную продукцию в своей работе; более того, зачастую без нее деятельность малых инновационных предприятий оказывается просто невозможной.

Социологическое исследование, включающее в себя телефонный опрос инновационных компаний и проведение двадцати телефонных интервью с инновационными предпринимателями, а также контент-анализ профессиональных форумов в Интернете, подтвердило: *запрет параллельного импорта прямо и в значительной степени оказывает влияние на работу небольших компаний инновационного сектора российской экономики.*

Настоящий раздел посвящен представлению и анализу результатов проведенной работы.

Социологический опрос по исследованию влияния запрета параллельного импорта, инициированный Фондом «Сколково» и проведенный коллективом социологов Центра методологии федеративных исследований РАН-ХиГС, встретил живой отклик среди представителей инновационных компаний.

Телефонный опрос проводился в период с 16 по 30 апреля 2013 г. В нем приняли участие компании — участники проекта «Сколково» в сфере биомедицинских, ядерных,

космических, энергоэффективных и IT-технологий; компании — участники программ поддержки Фонда содействия развитию малых форм предприятий в научно-технической сфере и портфельные компании венчурных фондов, работающих с Российской венчурной компанией, а также участники проекта GreenfieldProject, площадки для высокотехнологичных стартап-проектов и инвесторов, — всего 314 инновационных предприятий, имеющих опыт закупки и использования продукции иностранного производства.

Цель опроса была определена следующим образом: выяснить актуальность и значение проблемы параллельного импорта для инновационных предпринимателей.

Были обозначены следующие задачи:

- Определить основные схемы и каналы закупки продукции иностранного производства инновационными компаниями.
- Выявить основные проблемы, с которыми сталкиваются российские компании при закупке продукции иностранного производства.
- Обозначить для респондентов проблему параллельного импорта в России.
- Установить, для каких групп товаров, необходимых для деятельности инновационных предприятий, проблема параллельного импорта является наиболее значимой.
- Определить уровень значимости проблемы параллельного импорта.
- Выявить отношение предпринимателей к легализации параллельного импорта (в рамках компании и страны в целом).

Респондентами стали сотрудники компаний, ответственные за закупку иностранной продукции, или сотрудники, осведомленные о ситуации с закупками иностранной продукции. Более половины опрошенных (52,5 %) указали свою должность. Специально вопрос о должности не задавался, ее мог назвать сам респондент в процессе разговора или дополнительно узнать интервьюер. Подавляющее большинство из сообщивших свою должность являются представителями топ-менеджмента (генеральные директора, директора по различным направлениям, председатели совета директоров, учредители и их заместители) — 39,1 % от общего числа опрошен-

ных. Второй по величине стала категория квалифицированных специалистов (помощники руководителей, научные консультанты, менеджеры и руководители проектов), то есть те, кто в своей деятельности непосредственно сталкивается с закупками иностранной продукции, — 8,5 %. 3,8 % опрошенных приходится на высококвалифицированный персонал (главный бухгалтер, главный конструктор, начальники или руководители отделов). Наименее малочисленная категория — административный персонал (1 %). В целом можно заключить, что статус опрошенных респондентов выступает гарантией достоверности полученных данных (см. рис. 1).

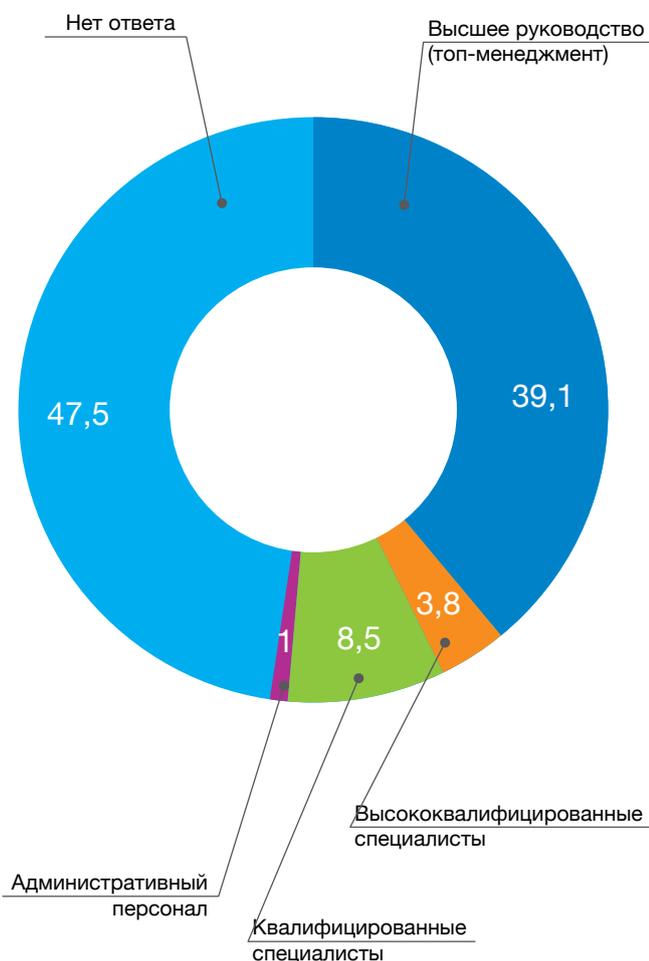
Анкета состояла из 8 вопросов, два из которых были открытыми:

- вопрос 3 о типах закупаемой продукции,
- вопрос 5 о проблемах при закупке иностранной продукции.

Первый вопрос уточнял, имеет ли компания опыт закупки иностранной продукции и готов ли респондент пообщаться на эту тему.

Рисунок 1

Распределение должностей респондентов



Основные каналы закупки продукции иностранного производства (вопрос 2)

Таблица 1. Вы закупаете официальную (оригинальную) иностранную продукцию непосредственно у производителя, у официальных поставщиков или у неофициальных поставщиков?

	Частота	% от общего числа ответов	% от объема выборки*
Непосредственно у производителя, за рубежом	103	24,8	32,8
У официальных дилеров / официальных поставщиков	245	58,9	78,0
У неофициальных поставщиков	48	11,5	15,3
Другое	16	3,8	5,1
Затрудняюсь ответить	4	1	1,3
	416	100	132,5

*Ответ на вопрос предполагал множественный выбор, поэтому суммарный процент больше 100 %.

Значительная часть опрошенных использует несколько каналов закупки. При этом большинство инновационных компаний закупает продукцию у официальных дилеров/поставщиков — 78 % компаний, принявших участие в опросе; значительная доля опрошенных производит закупки непосредственно за рубежом — 32,8 %. Неофициальные закупки распространены гораздо меньше: данную категорию отметили 15,3 % опрошенных (см. табл. 1).

Таблица 2. Количество каналов закупки иностранной продукции

Количество каналов закупки	Частота	Процент
1	229	72,9
2	66	21,0
3	18	5,7
Нет ответа	1	0,3
Итого	314	100

Большинство опрошенных компаний использует один канал закупки — 72,9 %, два канала закупки использует часть опрошенных компаний — 21 %, три канала закупки — 5,7 %. Если компания пользуется двумя каналами закупки, то, как правило, это «непосредственно за рубежом» и «у официальных дилеров/поставщиков» — такой ответ зафиксирован в 85,3 % случаев. В 12 % слу-

чаев компании, использующие два канала закупки, сочетают официальных и неофициальных поставщиков (см. табл. 2).

Вне зависимости от количества каналов закупки (один, два или три) доминирующим способом закупки иностранной продукции является покупка у официальных дилеров.

Вне зависимости от количества каналов закупки (один, два или три) доминирующим способом закупки иностранной продукции является покупка у официальных дилеров.

Основные типы продукции, закупаемой опрошенными компаниями (вопрос 3, открытый)

В третьем вопросе участников исследования спрашивали о типах закупаемой продукции, вопрос задавался в открытой форме, впоследствии полученные данные были подвергнуты кодированию.

Таблица 3. Типы закупаемой продукции

	Частота	% от числа опрошенных	% от числа ответов*
Лабораторное и производственное оборудование	111	25,6	35,7
Сырье, реагенты, комплектующие и подобное	108	24,9	34,7
Электроника, компоненты электроники	88	20,3	28,3
ПК и серверное оборудование	57	13,1	18,3
Программное обеспечение	39	9,0	12,5
Оргтехника	20	4,6	6,4
Другое	11	2,5	3,5
Итого	434	100,0	139,5

* вопрос предполагает множественный выбор

В исследовании приняли участие компании, закупающие различные иностранные товары. Наибольшая доля компаний закупает лабораторное и производственное оборудование — 35,7 %, второе место среди закупаемой иностранной продукции занимают сырье и реагенты — 34,7 %, третьей по популярности продукцией является электроника и компоненты электроники — 28,3 %. Также были названы ПК и серверное обеспечение, программное обеспечение, оргтехника (см. табл. 3).

Восприятие ситуации поставок иностранной продукции на российский рынок. Выявление основных проблем (вопрос 4)

Анализ вопроса об основных проблемах при закупке иностранной продукции позволяет подтвердить нашу гипотезу об актуальности сложностей, характерных для ситуации запрета параллельного импорта, а также поясняет, почему многие компании предпочитают покупать товары напрямую за рубежом.

Таблица 4. Ситуация с иностранной продукцией на российском рынке в вашей отрасли (в %)

	Да	Нет	Затрудняюсь ответить	Итого
На российский рынок иногда поставляется продукция более низкого качества, чем в другие страны	22	59	19	100
Цены на некоторую иностранную продукцию в России выше, чем в других странах	81	9	10	100
Иногда иностранные новинки поступают на российский рынок с запозданием	76	15	9	100
На российском рынке ограничен ассортимент иностранной продукции	65	27	8	100
На российском рынке много подделок, контрафактной продукции	31	50	18	100

Анализ ответов на этот вопрос выявляет две основные тенденции относительно поставок зарубежной продукции на российский рынок с точки зрения предпринимателей-инноваторов.

Во-первых, по мнению большинства респондентов, иностранная продукция, представленная на российском рынке, является оригинальной и достаточно качественной.

- 50 % не согласны с утверждением, что на российском рынке много подделок и контрафактной продукции;
- 59 % опрошенных не считают, что в Россию поставляется продукция более низкого качества.

Во-вторых, все аспекты, связанные с качеством поставок продукции (ассортимент, цены, сроки поставок), имеют негативную окраску в ответах респондентов.

- 65 % опрошенных полагают, что на российском рынке представлен ограниченный ассортимент иностранной продукции;

Рисунок 2

Ситуация с иностранной продукцией на российском рынке

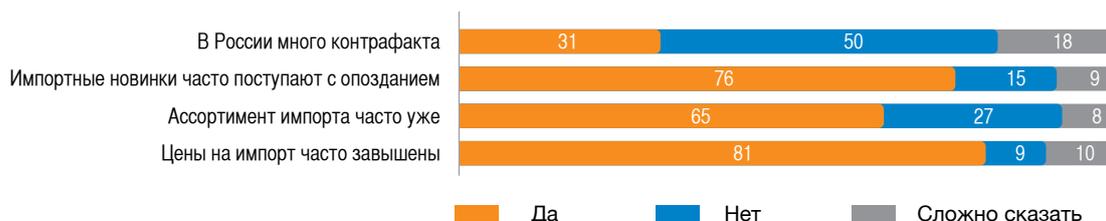
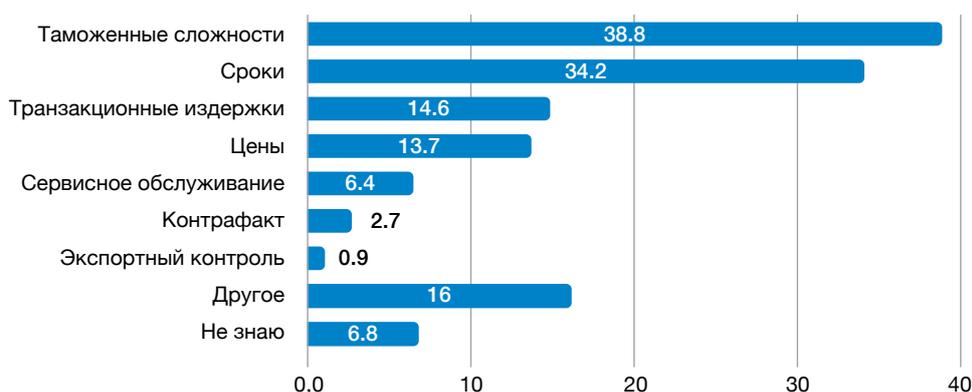


Рисунок 3

Проблемы при закупке иностранной продукции



- 76 % считают, что новинки поступают с запозданием;
- 81 % отмечают, что цены на иностранную продукцию выше, чем в других странах (см. табл. 4, рис. 2).
- контрафактная продукция,
- сервисный контроль (см. рис. 3).

Все аспекты, связанные с качеством поставок продукции (ассортимент, цены, сроки поставок), имеют негативную окраску в ответах респондентов.

Основные проблемы, с которыми сталкиваются инновационные компании при покупке товаров иностранного производства (вопрос 5, открытый)

Респондентам был задан открытый вопрос о том, с какими проблемами они сталкивались при закупке иностранной продукции (вопрос 5), который впоследствии был закодирован.

Среди проблем, которые были названы участниками исследования, можно выделить две группы:

- наиболее часто упоминались: таможенные сложности (38,8 %) и сроки поставки продукции (32,4 %),
- во вторую группу вошли такие проблемы, как транзакционные издержки (14,6 %) и цены на продукцию (13,7 %).

Доля других проблем не столь значительна и не превышает 7 %. Среди названных проблем:

- сервисное обслуживание,

Более детальный анализ открытых вопросов с привлечением материалов интервью с респондентами и ресурсов Интернета представлен ниже.

Отношение к проблеме параллельного импорта (вопросы 6, 7, 8)

Таблица 5. С вашей точки зрения, существующий запрет параллельного импорта — оправданная или неоправданная мера?

	Частота	%
Оправданная	68	22
Неоправданная	128	41
Затрудняюсь ответить	117	37
Итого	313	100
Нет ответа	1	0

Относительно существующего запрета параллельного импорта нет явно выраженного единого мнения. С одной стороны, наибольшая доля опрошенных выбрала вариант ответа «неоправданная мера» — 41 %. Доля тех, кто считает запрет оправданным, практически в два раза меньше — 22 %. Однако, с другой стороны, велика доля и тех, кто затруднился с ответом, — 37 %. Таким образом, мы предполагаем, что среди респондентов невысок уровень информированности о проблеме

запрета параллельного импорта и они просто не осознают правовую природу этой проблемы, так же, например, как и большинство покупателей потребительских товаров (см. табл. 5).

Отношение к запрету параллельного импорта и основные каналы закупки продукции

Если рассматривать восприятие запрета параллельного импорта в зависимости от основных каналов закупки иностранной продукции, то можно отметить следующее.

В первой группе — закупающих непосредственно у производителя — в ходе исследования были обнаружены два равных распределения — тех, кто считает запрет параллельного импорта неоправданной мерой (40,2 %), и тех, кто затруднился дать оценку ситуации (также 40,2 %). То есть можно предположить, что, с одной стороны, значительная часть закупающих продукцию за рубежом не обладает достаточным уровнем информированности о параллельном импорте; с другой стороны, для многих этот запрет невыгоден, и они обходят его сознательно, совершая покупки за рубежом.

Во второй группе — закупающих у официальных поставщиков — наибольшая доля тех, кто считает запрет параллельного импорта неоправданной мерой: 40,6 %. Доля затруднившихся с ответом здесь также велика и составляет почти 37 %.

В целом можно отметить, что способ закупки незначительно влияет на отношение к запрету параллельного импорта. В каждой группе прослеживаются схожие тенденции.

Среди компаний, использующих один канал закупки, восприятие запрета параллельного импорта в целом совпадает с распределением по выборке: выявлены две равные по величине группы — тех, кто считает эту меру неоправданной, и тех, кто затруднился с ответом (по 39,9 %).

Среди компаний, использующих два канала закупки, гораздо выше доля респондентов, высказывающих негативное отношение к запрету параллельного импорта, а доля затруднившихся ответить гораздо ниже.

Интересные различия наблюдаются в ответах компаний, которые используют два канала закупки: среди них доминируют те, кто негативно относится к запрету параллельного импорта (48,5 %), и значительно меньше доля затруднившихся с ответом (27,3 %). По всей видимости, представители указанных компаний лучше знакомы с ситуацией, более остро чувствуют разницу в условиях при различных каналах закупки и неоднократно сталкивались с ней, поэтому среди них больше осведомленных о проблеме параллельного импорта. Вероятно, они также испытывали проблемы при использовании одного канала

и для оптимизации работы стали прибегать к комбинированным схемам закупки иностранной продукции.

Рассматривая отношение к запрету параллельного импорта более детально — в зависимости и от количества каналов, и от способов закупки иностранных изделий, — находим подтверждение выявленных ранее тенденций:

- для компаний, использующих один канал, характерен достаточно высокий уровень неосведомленности о проблеме запрета;
- среди компаний, использующих два канала закупки, гораздо выше доля респондентов, высказывающих негативное отношение к запрету параллельного импорта, а доля затруднившихся ответить гораздо ниже.

Перспективы легализации параллельного импорта для инновационных компаний

Таблица 6. Если будет принято решение о легализации параллельного импорта, ваша компания от этого выиграет или проиграет?

	Частота	%
Выиграет	77	25
Скорее выиграет	91	29
Скорее проиграет	8	3
Проиграет	9	3
Затрудняюсь ответить	128	41
Итого	313	100
Нет ответа	1	0

Более половины опрошенных (54 %) полагают, что легализация параллельного импорта положительно скажется на деятельности их предприятия (25 % отметили вариант ответа «выиграет», 29 % — «скорее выиграет»). Доля тех, кто видит в этой мере негативные последствия, очень мала и составляет не более 6 % (см. табл. 6, рис. 4).

Если рассматривать совместно две переменные: оценку перспектив легализации параллельного импорта для деятельности компаний и основные проблемы при закупке продукции, — то сохраняются тенденции, выявленные по выборке в целом. Наиболее явно легализацию параллельного импорта поддерживают компании, которые обозначили цену как важную проблему при закупке иностранной продукции: в этой группе больше положительных оценок и меньше затруднившихся в ответе. Особо стоит подчеркнуть, что среди представителей этой группы никто не ожидает негативных последствий для компании в случае легализации параллельного импорта.

Более половины опрошенных (54 %) полагают, что легализация параллельного

Импорта положительно скажется на деятельности их предприятия.

Перспективы легализации параллельного импорта для экономики России в целом

Таблица 7. Для экономики России в целом снятие запрета на параллельный импорт принесет больше пользы, больше вреда или ни на что не повлияет?

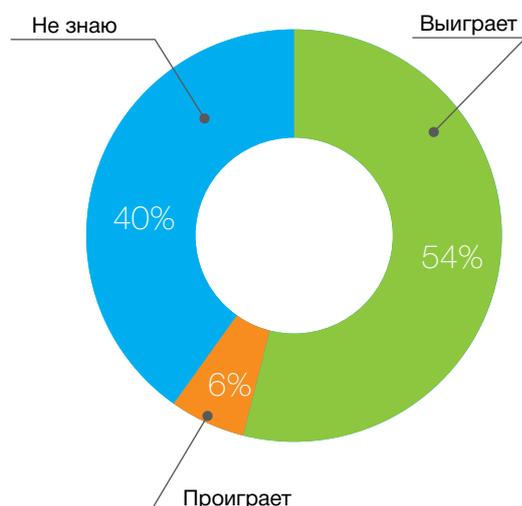
	Частота	%
Больше пользы	134	43
Больше вреда	25	8
Ни на что не повлияет	39	12
Затрудняюсь ответить	115	37
Итого	313	100
Нет ответа	1	0

При ответе на последний вопрос мы также видим подтверждение уже выявленных тенденций. Четко прослеживаются две группы опрошенных: те, кто видит явную пользу в легализации параллельного импорта, в том числе и для экономики России в целом,— 43 %, и те, кто затруднились с ответом,— 37 %. Доля респондентов, придерживающихся иной точки зрения, значительно меньше: 12 % полагают, что данная мера никак не отразится на экономике России, 7 % считают, что это принесет вред (см. табл. 7, рис. 5).

Если рассматривать оценки перспектив легализации параллельного импорта для экономики России в целом в разрезе основных проблем при закупке, то можно выявить следующие особенности:

Рисунок 4

Если будет принято решение о легализации параллельного импорта, ваша компания от этого выиграет или проиграет?



- респонденты, указавшие такую проблему, как сроки поставок, отмечают явную пользу для экономики России от легализации параллельного импорта (54,1 %). Таким образом, сроки поставок являются существенной проблемой, тормозящей рабочий процесс;
- оценки по параметру «цены» схожи с оценками по «срокам поставок». Можно высказать предположение, что с легализацией параллельного импорта респонденты связывают снижение цен на иностранные товары.

Наиболее явно легализацию параллельного импорта поддерживают компании, которые обозначили цену как важную проблему при закупке иностранной продукции: в этой группе больше положительных оценок и меньше затруднившихся в ответе.

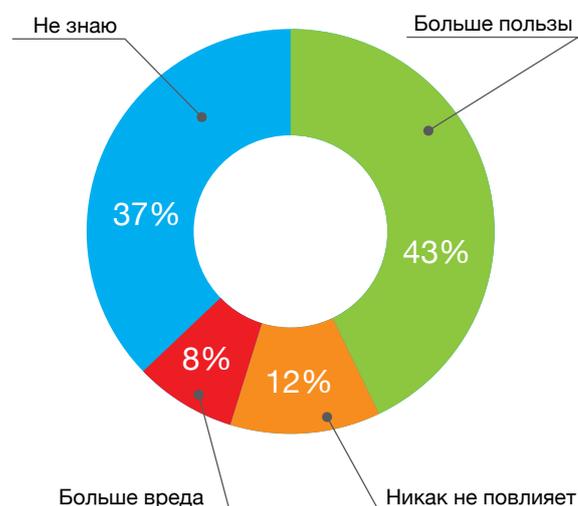
Полученные количественные результаты опроса и их анализ позволяют прийти к ряду выводов.

1. Актуальность и значение проблемы параллельного импорта

Запрет параллельного импорта осознается как актуальная проблема для инновационных компаний, однако без особой для них остроты. Доля затруднившихся с ответом по ряду вопросов достигает 40 %. Причина этого кроется в невысоком уровне информированности о правовой и экономической природе параллельного импорта и в том, что в большинстве своем предприниматели не осознают в полной мере влияние действующих законодательных ограничений в области защиты интеллектуальной собственности на их повседневную деятельность, отмечая, тем не менее, проблемы в работе, связанные с приобретением зарубежной продукции.

Рисунок 5

Для экономики России в целом снятие запрета на параллельный импорт принесет больше пользы, больше вреда или ни на что не повлияет?



2. Основные схемы закупки

В ходе исследования были выявлены две основных схемы закупки иностранной продукции:

- использование одного канала закупки (72,9 % случаев), при этом доминирует закупка у официальных дилеров/поставщиков;
- использование нескольких каналов закупок (26,7 % случаев). В основном представители инновационных компаний прибегают к двум каналам и комбинируют закупки за рубежом у неофициальных поставщиков и у официальных дилеров, причем закупки у последних доминируют;
- услугами неофициальных поставщиков пользуются около 15 % опрошенных компаний.

3. Основные типы закупаемой продукции

По результатам исследования выявлены следующие типы зарубежной продукции, закупаемой инновационными компаниями (ответ предполагал множественный выбор, поэтому сумма превышает 100 %):

- лабораторное и производственное оборудование (35,7 %);
- сырье/реагенты/комплектующие (34,7 %);
- электроника, компоненты электроники (28,3 %);
- ПК и серверное оборудование (18,3 %);
- программное обеспечение (12,5 %);
- оргтехника (6,4 %).

4. Поставки иностранной продукции на российский рынок

Можно выделить две тенденции в восприятии иностранной продукции на российском рынке:

- иностранная продукция оценивается большинством респондентов как оригинальная и качественная;
- в самом процессе поставки отмечается ряд существенных проблем, как то: ограниченный ассортимент (65 %), запаздывание поставок новинок на российский рынок (76 %), завышенные цены на иностранную продукцию (81 %).

При ответе на открытый вопрос респондентами были обозначены еще несколько групп проблем:

- таможенные сложности (38,8 %),
- нарушение сроков поставок (34,2 %),

- транзакционные и законодательные издержки (14,6 %),
- цена продукции (13,7 %),
- проблемы с сервисным обслуживанием и русификацией продукции (6,4 %),
- наличие контрафактной продукции (2,7 %),
- проблема экспортного контроля (0,9 %).

5. Отношение к проблеме запрета параллельного импорта

В ходе опроса выделены две доминирующие группы: первая считает запрет параллельного импорта неоправданной мерой (41 %), вторая затруднилась дать оценку по этому вопросу (37 %).

Негативное отношение к запрету параллельного импорта характерно в первую очередь для представителей тех компаний, которые отметили такие проблемы, как цены на иностранную продукцию и долгие сроки поставки.

Если компании используют два способа закупки, то они более категоричны в отношении к запрету параллельного импорта. Среди них существенно меньше доля затруднившихся с ответом (27 %) и возрастает число респондентов, имеющих негативное отношение (48,5 %). Можно заключить, что такие компании более опытные и лучше информированы, чтобы судить о проблеме уверенно и со знанием дела.

Негативное отношение к запрету параллельного импорта характерно в первую очередь для представителей тех компаний, которые отметили такие проблемы, как цены на иностранную продукцию и долгие сроки поставки.

6. Перспективы легализации параллельного импорта для инновационных компаний

Большинство опрошенных (более 54 %) видят положительные эффекты для своей компании от легализации параллельного импорта.

Кроме того, ответ на этот вопрос вновь выявил значительную долю респондентов, не осведомленных о проблеме параллельного импорта (41 %).

Таким образом, при определенных усилиях, направленных на информирование инновационных компаний о перспективах легализации параллельного импорта, эта мера, по всей видимости, получит полную поддержку инновационных компаний.

7. Перспективы легализации параллельного импорта для экономики России

Для респондентов оказалось легче дать более общую оценку, чем оценить возможные последствия для своей компании. Пользу в легализации параллельного импорта для экономики России видят 43 % опрошенных; по сравнению с предыдущим вопросом снижается доля тех, кто затруднился с ответом, — 37 %.

Более глубокий анализ ответов на открытые вопросы, а также материалы бесед с респондентами и профессиональных форумов в Интернете дают возможность сделать ряд выводов относительно значимости для инноваторов тех или иных проблем при приобретении иностранной продукции в контексте действующего в России регионального принципа исчерпания исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Инновационные предприятия часто нуждаются в редких товарах и в очень скромных объемах (иногда в единственном экземпляре) – официальным дистрибьюторам может быть просто невыгодно удовлетворять спрос такого рода.

Компании часто вынуждены закупать зарубежную продукцию напрямую или через независимых поставщиков (если это оказывается возможным) из-за отсутствия предложений на российском рынке, часто даже со стороны официальных дистрибьюторов («неразвита сеть дистрибуции», «с трудом находим поставщика»).

Инновационные предприятия часто нуждаются в редких товарах и в очень скромных объемах (иногда в единственном экземпляре) — официальным дистрибьюторам может быть просто невыгодно удовлетворять спрос такого рода. В первую очередь с проблемами по заказу мелкосерийных партий сталкиваются предприниматели, приобретающие электронное оборудование и электроизмерительные приборы, хотя и для реактивов была отмечена подобная проблема: «Мы заказываем редкий препарат у официального дистрибьютора — производителя химических реактивов Sigma-Aldrich, и зачастую его не оказывается на складе, потому что компании невыгодно заранее закупать „неходовой товар“. Приходится ждать несколько месяцев».

Иногда в силу непопулярности на рынке закупаемой продукции официальный дистрибьютор устанавливает чрезмерно высокую цену и предлагает невыгодные условия сотрудничества. В такой ситуации единственным выходом остается покупка товаров у производителя за границей («Цена у дистрибьюторов на эти станки просто неподъемная. Мы даже не рассматривали вариант сотрудничества с ними»; «Если заказывать в России у официального дистрибьютора, возникают проблемы по всем вопросам: долго, сложно, дорого. Если купить

самостоятельно за рубежом, то приходится страдать только от таможенной волокиты»).

Самостоятельная закупка оборудования хотя и оказывается более выгодной, имеет существенные минусы.

Самостоятельная закупка оборудования хотя и оказывается более выгодной, имеет существенные минусы. Помимо того, что компаниям приходится самостоятельно заниматься всем документационным оборотом, решать проблемы с таможней (об этом ниже) и поддерживать коммуникации с продавцом, сам процесс заказа сопряжен с трудностями. Зачастую заказ приходится оформлять на частное лицо, что также создает дополнительную «головную боль», как отметили несколько респондентов.

Представитель компании — участника проекта «Сколково», отрасль биохимической промышленности:

«Все реактивы крупного производителя Sigma-Aldrich мы заказываем у официального дилера — компании „Химмед“. В России работает еще целый ряд их официальных поставщиков, и цены на реактивы у всех примерно на одном уровне. Стоимость всех расходных материалов в европейских и американских каталогах в полтора-два раза ниже аналогичных позиций в российских каталогах. Та же ситуация складывается и со специализированным оборудованием, например, со спектрометрами компании Bruker.

Покупать оборудование за рубежом крайне сложно, сами мы за это никогда не беремся. Однако у нас было несколько случаев покупки напрямую через партнерские компании. Так, нам удалось крайне удачно купить в Америке подержанный хроматограф фирмы Agilent в отличном состоянии. Он обошелся всего в 1 млн руб. вместе с доставкой. Если бы мы покупали новый прибор в Москве у официального поставщика, он бы стоил 5 млн руб.».

В то же время иногда имеет место ситуация, когда закупить продукцию за рубежом напрямую компания просто не может. Часто у компаний нет контакта с зарубежным производителем или нет ресурсов, чтобы довести до конца достаточно сложный процесс покупки дорогих импортных товаров («Мы бы с удовольствием покупали реактивы в США, но у нас нет связей с местными лабораториями»).

И совсем печальная ситуация может сложиться, если иностранный производитель перенаправляет все запросы клиентов к официальному дистрибьютору на российском рынке

И совсем печальная ситуация может сложиться, если иностранный производитель перенаправляет все запросы клиентов к официальному дистрибьютору на рос-

сийском рынке («Мы пытались купить анализатор сети американской компании Agilent; в Штатах он в два раза дешевле, чем у нас, однако сотрудничать нам позволено только с их официальным поставщиком в России»).

Представитель лаборатории при Российском государственном университете нефти и газа им. И. М. Губкина: «Нам приходилось сталкиваться с ситуациями, когда зарубежный производитель отказывался продавать свое оборудование напрямую, направляя к официальному дилеру. Так произошло, например, с дорогим уникальным спектрометром Ocean Optics — купить его через официального поставщика оказалось в полтора раза дороже, чем привезти напрямую из-за рубежа.

По моим подсчетам, средний коэффициент удорожания товаров, привозимых в Россию, — 1,5. На такой расход мы идем. Если товар особенно редкий, то приходится соглашаться и на превышение стоимости в 1,7, и в 2 раза.

Реактивы — вторая проблема. Помимо того, что мы за них переплачиваем, эти товары также очень долго к нам едут: 1–3 месяца. Ведь дилеры не везут каждый заказ индивидуально, а дожидаются, когда соберется определенная партия товара. Поэтому, оставляя заявку на реактив, все время играешь на удачу: попадешь к сбору партии — доставят быстро, не попадешь — можешь ждать несколько месяцев».

Более того, закупки за рубежом (в особенности вынужденные прямые закупки), как и закупки у официальных дилеров, усугубляются целым рядом дополнительных организационных и технологических проблем, среди которых:

- таможенные проблемы (задержки, бумажная волокита, коррумпированность чиновников, высокие сборы). Несколько компаний из отрасли биомедицинских технологий отметили, что длительные таможенные сроки и ненадлежащие условия хранения ведут к порче химических препаратов («Если бы не таможенные преференции „Сколково“, не представляю, как бы мы справились»);
- долгий срок поставки. Многие инновационные стартапы отдельно выделили эту проблему («О какой конкурентоспособности инновационного бизнеса можно говорить, если мы вынуждены ждать поставку полгода. Мои знакомые, работающие в американских лабораториях, получают нужные реактивы на следующий день после заказа»).

Завышение цены, ограничение ассортимента, занижение качества товаров у официальных дистрибьюторов — большинство респондентов подтвердили эти три проблемы, которые ученые и практики традиционно связывают с запретом параллельного импорта. Многие отдельно выразили озабоченность в связи с запоздалым выпуском технологических новинок на российский рынок и проблемами с сервисным обслуживанием.

Завышение цены, ограничение ассортимента, занижение качества товаров у официальных дистрибьюторов – большинство респондентов подтвердили эти три проблемы, которые ученые и практики традиционно связывают с запретом параллельного импорта.

Завышение цен оказалось особенно характерно для трех широких групп товаров:

- электроника, электронные компоненты, электронно-измерительное оборудование и программное обеспечение («Есть только один-единственный дистрибьютор Samsung, через которого в России продаются электронные компоненты. Мы страдаем от высоких цен и отсутствия гибкости»; «Цены на микроконтроллеры, платы и другие электронные компоненты различных иностранных производителей завышены в два раза»; «Купить программное обеспечение Comsol в Чехии оказалось в два раза дешевле, чем в Москве»);
- электроприборы и электрооборудование («Цены на необходимые нам для работы частотные преобразователи для электроприборов и пластинчатые теплообменники в России очень высоки»);
- химические и биологические реактивы, лабораторное оборудование: измерительные приборы, центрифуги, холодильники («Если мы заказываем препараты и оборудование не из-за границы, то гарантированно переплачиваем за все в два раза»).

Говоря о завышении цен, следует отметить, что речь идет о завышении цены в сравнении с ценой аналогичного товара за рубежом с учетом расходов на доставку, таможенное оформление и сопутствующие налоги и пошлины.

«Необходимый для лабораторных экспериментов препарат TRIZOL®, который производит американская компания Invitrogen, в Россию поставляет официальный дистрибьютор — компания „Хеликон“. Стоимость 100 мл препарата на американском сайте компании Invitrogen составляет 164 доллара. На сайте дистрибьютора цена реакента такого же объема — 559 долларов».

Представитель компании — участника проекта «Сколково», которая занимается производством дозаторов для химической и медицинской промышленности:

«Для производства нам необходимо купить два уникальных дорогих станка — суперфинишный станок и станок для хонингования американской фирмы Sunnen. Их официальное представительство в России, ООО „Саннен“, закупает станки в США, оттуда поставляет в Швейцарию, и уже из Швейцарии мы можем заказать оборудование в Россию. Получается крайне невыгодно, в цену закладывается много расходов. Поэтому мы решили купить станки у произво-

дителя напрямую. Каждый станок стоит 16 млн руб., и это с учетом расходов на доставку. Если бы мы заказывали их у официального представителя, это обошлось бы нам в полтора-два раза дороже».

На запоздалый выпуск технологических новинок и ограниченный ассортимент товаров на российском рынке, вызванные целенаправленной политикой зарубежного производителя, посетовали многие IT-компании. Часто задержка официальных продаж в России в этой отрасли воспринимается особенно болезненно («Разработчику ПО для мобильных устройств критически важно выпускать программы как можно быстрее после того, как устройство появляется на рынке. В России многие мобильные устройства — например от компании Apple — появляются со значительным опозданием, а некоторые — AppleTV, GoogleTV, Blackberry Playbook, Barnes & Noble Nook Tablet, Amazon Kindle Fire — вообще официально не представлены»).

Представитель компании — участника проекта «Сколково», сфера IT:

«Казалось бы, что может быть проще: купить батареи к блокам питания UPS в офисе. Однако отдельно батареи к этим блокам питания в России купить невозможно, дилеры их не поставляют. Единственный доступный магазин, в котором есть нужные мне батареи, — это калифорнийский поставщик, торгующий на eBay».

Описанные дисбалансы имеют как явные, так и неявные эффекты, которые даже самими предпринимателями не осознаются в полной мере как косвенное влияние на их работу регионального режима исчерпания прав на РИДСИ в России.

Отдельные компании отмечают проблемы с сервисным обслуживанием: в случае если оборудование было закуплено напрямую за рубежом, в обход официального дилера в России, то впоследствии складывается ситуация, когда дилер отказывается помогать с установкой и настройкой оборудования. Часто отсутствует инфраструктура по обслуживанию.

Описанные дисбалансы имеют как явные, так и неявные эффекты, которые даже самими предпринимателями не осознаются в полной мере как косвенное влияние на их работу регионального режима исчерпания прав на РИДСИ в России. О явных эффектах можно говорить в том случае, когда при покупке предприниматели сталкиваются с прямыми ограничениями и дискриминацией по цене, ассортименту, качеству и уровню сервисного обслуживания.

Первая оборотная сторона действующего в России режима исчерпания прав –

Вынужденная покупка импортных изделий в России по более высоким ценам.

Первая оборотная сторона действующего в России режима исчерпания прав — вынужденная покупка импортных изделий в России по более высоким ценам. Многие предприниматели отмечают, что следует принципиально различать покупки небрендированных расходных материалов у производителей в Китае и фирменных товаров в Европе/США. Китайские изделия проще и дешевле закупать напрямую: они стоят гораздо дешевле фирменных аналогов и закупать их оказывается выгоднее даже с учетом транспортных расходов и таможенных пошлин. При желании китайскую продукцию можно заказать и у российских дистрибьюторов, однако заказывать за границей у производителя — на порядок дешевле. Правда, китайская продукция не всегда отвечает необходимым стандартам качества. «Я покупал микросхему FT232RL. Продавец заверил, что это новые оригинальные изделия фирмы-производителя FTDI. В России дешевле 3 \$ за микросхему не найдешь, и это еще цена-минимум, оптовая. А китайские изделия стоят по 1,6 \$ за штуку. Однако радоваться пришлось недолго — из 32 устройств, которые я успел проверить, 20 не работают». Поэтому приходится обращаться к фирменным, «брендовым» товарам, а их зачастую можно приобрести только через официального дистрибьютора в России: производитель отказывается продавать товары напрямую.

Представитель компании — участника проекта «Сколково», которая занимается разработкой и производством электронных приборов и компонентов:

«Для производства моделей с использованием мобильных процессоров фирмы Samsung мы покупаем в больших количествах у фирмы „МТ-Систем“ из Санкт-Петербурга электронную сборку SC54412ACA-A040. Она состоит из двух микросхем фирмы Samsung. Ее стоимость со всеми налогами обходится нам в 1620 руб., что, по нашим оценкам, превышает стоимость аналогичных зарубежных компонентов в два раза. Мы производим сложное оборудование, которое должно быть очень качественным и надежным, поэтому нам необходимы именно «брендовые» компоненты компании Samsung, и купить мы их можем только через официального поставщика.

Варианты покупки этих компонентов у независимых импортеров мы просто не рассматриваем, потому что в этом случае лишаемся технической поддержки производителя».

Отдельно стоит подчеркнуть, что далеко не всегда официальный дистрибьютор закладывает в цену высокую маржу и получает сверхприбыль: по условиям договора с иностранным производителем он уже покупает изделия по завышенным ценам, а его посредническая наценка оказывается невелика. Так, официальный дистрибьютор химических реагентов американского производителя Invitrogen фирма «Хеликон» обязана заказывать препараты в Европе по закупочной цене, в полтора-два раза

превышающей стоимость реактивов в Америке. Как отмечают сами предприниматели: «Из-за разницы в ценах на расходные материалы мы оказываемся в очень невыгодной ситуации. Она имеет далеко идущие последствия, так как, естественно, высокая стоимость комплектующих повышает стоимость создаваемых здесь изделий и делает конкуренцию с Китаем очень трудной».

Чтобы быть конкурентоспособными на глобальном рынке, инновационные предприниматели России должны не просто идти в ногу со временем, но опережать его. Сложно говорить о подобных планах в том случае, если последние образцы продукции либо вовсе не представлены в России, либо поступают в официальную продажу на полгода позже.

Вторым явным эффектом становятся ограничения ассортимента тех или иных изделий или более позднее поступление их на российский рынок по сравнению с другими странами в соответствии с политикой иностранного производителя. Чтобы быть конкурентоспособными на глобальном рынке, инновационные предприниматели России должны не просто идти в ногу со временем, но опережать его. Сложно говорить о подобных планах в том случае, если последние образцы продукции либо вовсе не представлены в России, либо поступают в официальную продажу на полгода позже. Эта проблема особенно актуальна для компаний из IT-сферы, где новшества внедряются стремительно.

Третий прямой эффект – отсутствие должной технической поддержки и сервисного обслуживания в случае закупки изделий напрямую за рубежом или у независимого дилера.

Третий прямой эффект — отсутствие должной технической поддержки и сервисного обслуживания в случае закупки изделий напрямую за рубежом или у независимого дилера. Для сложных устройств и редкого, «капризного» оборудования такие постоянные консультации с представителями производителя, настройка оборудования, первичный инструктаж персонала, сервисное обслуживание оказываются критически важными. Именно поэтому абсолютное большинство не обращается к параллельным импортерам, даже если такое предложение есть на рынке: предприниматели не хотят лишиться сервисной поддержки. В случае если компании все же решаются на покупку изделий за рубежом или у независимых импортеров, они часто сталкиваются с тем, что инструкции к оборудованию оказываются нерусифицированными. Таким образом, корректная и эффективная работа с оборудованием сильно осложняется.

Конечный потребитель, покупающий «серый» айпад в интернет-магазине по рекомендации друга, в случае его поломки обратится если не в официальный сервисный центр Apple, то в одну из многочисленных мастерских, которые приведут устройство в порядок. Инноватор, покупающий штучное оборудование и отвечающий за весь процесс производства, не может позволить себе такой роскоши: как правило, обратиться за помощью можно только к официальному дилеру.

Также мы выделяем два эффекта, которые имеют большое значение для эффективности и успеха работы инноваторов и являются косвенными результатами запрета параллельного импорта.

Часто складывается ситуация, когда весь штат маленькой компании во главе с генеральным директором на протяжении нескольких месяцев занимается исключительно процессом покупки и таможенного оформления оборудования.

1. Чтобы сэкономить и преодолеть дискриминационную ценовую политику официальных дистрибьюторов, компании самостоятельно закупают нужные товары за рубежом. Трансакционные издержки при этом оказываются очень велики: начиная от сложностей ведения переговоров и оформления договоров и заканчивая «таможенной волокитой» («Зарубежный производитель не верил, что в России что-то создается, и отказывался заключать с нами договор»; «Мало кто из производителей хочет иметь дело со стартапами»). Часто складывается ситуация, когда весь штат маленькой компании во главе с генеральным директором на протяжении нескольких месяцев занимается исключительно процессом покупки и таможенного оформления оборудования. Справедливости ради отметим, что несовершенная таможенная система страны здесь также играет определенную роль.

Длительные сроки поставки продукции – очень больной вопрос для всех предпринимателей.

2. Длительные сроки поставки продукции — очень больной вопрос для всех предпринимателей. В разрезе проблемы параллельного импорта он также имеет свое отражение. Официальный дистрибьютор завозит себе на склад только пользующийся наибольшим спросом товар, а чуть более редкие заказы всегда обрабатываются в индивидуальном порядке: посылается запрос официальному производителю, и только тогда начинается процесс доставки, который может занимать несколько месяцев. Таким образом, предприниматели оказываются заложниками маркетинговой стратегии дилера и зарубежного производителя.

В целом можно заключить, что действующий в России региональный принцип

исчерпания исключительных прав является сдерживающим фактором для развития инновационного сектора страны.

В целом можно заключить, что действующий в России региональный принцип исчерпания исключительных прав является сдерживающим фактором для развития инновационного сектора страны. Его влияние на малые инновационные компании абсолютно аналогично национальному режиму исчерпания, поскольку товары, необходимые для работы высокотехнологичных предприятий, импортируются из стран дальнего зарубежья, но не из Казахстана и Беларуси.

Результаты социологического исследования свидетельствуют о том, что запрет параллельного импорта товаров (и возникающая в связи с ним «монополия» на каналы поставки зарубежной продукции) прямо и косвенно оказывает ощутимое влияние на повседневную работу малых и средних инновационных предприятий. Иногда сами предприниматели, не будучи в курсе сути запрета параллельного импорта, не осознают до конца, насколько эта ситуация связана со всем теми сложностями, которые возникают в их работе при покупке иностранных товаров. Предприниматели сталкиваются с завышенными расходами на материалы и оборудование, вынуждены мириться с ассортиментной дискриминацией и отсутствием должной сервисной поддержки, тратить значительное время на самостоятельное оформление документов и провоз товаров через границу. В масштабах страны такое положение задает негативный фон для деятельности малых и средних инновационных компаний и снижает эффективность работы и конкурентоспособность таких предприятий на мировом рынке.

Список использованных источников

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

- Adams v. Burke, 84 U.S. 17 Wall. 453 (1873). URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/84/453/case.html>.
- Barfield C., Groombridge M. Parallel Trade in the Pharmaceutical Industry: Implications for Innovation, Consumer Welfare and Health Policy // *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*. – 1999. – № 1. – P. 185–265.
- Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339 (1908). URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/210/339>.
- Danzon P., Epstein A. Effects of regulation on drug launch and pricing in interdependent markets / NBER Working Paper. – 2008. – № 14 041.
- Danzon P., Furukawa M. Prices and Availability of Pharmaceuticals: Evidence from Nine Countries // *Health Affairs*. – 2003. – Vol. 22. – № 6. – P. 521–536. URL: <http://content.healthaffairs.org/cgi/content/full/hlthaff.w3.521v1/DC1>.
- Enemark U., Pedersen K. M. Parallel imports of pharmaceuticals in Denmark, Germany, Sweden and the UK, 2004–2009: An analysis of savings / University of Southern Denmark, Odense. 2011.
- Eren-Vural I. Domestic Contours of Global Regulation: Understanding the Policy Changes on Pharmaceutical Patents in India and Turkey // *Review of International Political Economy*. – 2007. – Vol. 14. – № 1. – P. 105–142.
- European Commission Decision for Cases: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (notification), IV/36.997/F3 Aseprofar and Fedifar (complaint), IV/37.121/F3 Spain Pharma (complaint), IV/37.138/F3 BAI (complaint), IV/37.380/F3 EAEP (complaint) // *Official Journal of the European Communities*. Article L302/1. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:302:0001:0043:en:PDF>.
- Fisher W., Syed T. Infection: The Health Crisis in the Developing World and What We Should Do About It. Stanford University Press. URL: <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/Infection.htm>.
- Ganslandt M., Maskus K. Parallel imports and the pricing of pharmaceutical products: evidence from the European Union // *Journal of Health Economics*. 2005. – № 23. – P. 1035–1057.
- Goldberg P. Alfred Marshall Lecture Intellectual Property Rights Protection in Developing Countries: The Case of Pharmaceuticals // *Journal of the European Economic Association*. MIT Press. – Vol. 8. – № 2–3. – P. 326–353.
- Heath C. Parallel Imports and International Trade (WIPO Report presented at the Annual Meeting of the International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property at the headquarters of WIPO in Geneva (July 7 to 9, 1999). URL: http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/export/international_exhaustion.htm.
- Hellerstein R. Do Drug Prices Vary Across Rich and Poor Countries? // *Social Science Research Council Publication*. 2003. P. 29.
- Intellectual Property and Development: Lessons from Recent Economic Research. Editors: Fink C., Maskus K. Washington, DC: World Bank and Oxford University Press. 2005.
- Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc., 737 F.2d 698, 704 (7th Cir. 1984).
- Kanavos P., Costa-i-Font J., Merkur S., Gemmill M. The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Union Member States: A Stakeholder Analysis / *Special Research Paper*. London School of Economics and Political Science. 2004.
- Kanavos P., Holmes P. Pharmaceutical Parallel Trade in the UK / *Civitas: Institute for the Study of Civil Society*. London. 2005.
- Li C., Maskus K. The impact of parallel imports on investments in cost-reducing research and development // *Journal of International Economics*. – 2006. – Vol. 68. – P. 443–455.
- Li C., Robles J. Product innovation and parallel trade // *International Journal of Industrial Organization*. – 2007. – № 25. – P. 417–429.
- MacGillivray R. Parallel Importation: A Framework for a Canadian Position on Exhaustion of Intellectual Property Rights // *SJD Thesis*. University of Toronto, Faculty of Law. 2008.
- Maskus K., Chen Y. Vertical price control and parallel imports: theory and evidence // *Review of International Economics*. – 2004. – Vol. 12. – № 4. P. 551–557.
- Papadopoulos T. Copyright, Parallel Imports and National Welfare: The Australian Market for Sound Recordings // *The Australian Economic Review*. – 2000. – Vol. 33. – № 4. – P. 337–348.
- Porter M. How competitive forces shape strategy // *Harvard Business Review*. March-April 1979. P. 137–145.

Restrictions on the Parallel Importation of Books: Productivity Commission Research Report. Australian Government Productivity Commission. 2009.

<http://chemport.ru/forum>.

<https://habrahabr.ru>.

Richardson M. An elementary proposition concerning parallel imports // Journal of International Economics. – 2002. – Vol. 56. – № 1. January 2002. – P. 233–245

<https://chemistlab.ru/forum>.

Stiglitz J. Whither Socialism? Cambridge and London: MIT Press. 1989.

Stothers C. Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law. Hart Publishing, 2007.

Supap Kirtsaeng, dba Bluechristine99, Petitioner v. John Wiley & Sons, Inc. Supreme Court of the United States Decision. 19 March 2013.

The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (first adopted by the General Assembly on Dec. 5, 1980 and reviewed in 1985, 1990, 1995 and 2000 respectively). Sec. D (4) (e). URL: <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSets/cpset.htm>.

Valletti T., Szymanski S. Parallel Trade, International Exhaustion and Intellectual Property Rights: A Welfare Analysis // CERP Discussion Papers. 2005. № 5022.

West P., Mahon J. Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade / York Health Economics Consortium. 2003.

Wilson T. Unbinding book barrier: Why Australia should scrap parallel import restrictions on books. Institute of Public Affairs. 2009.

WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy Report to the General Council/ Section 120. URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006-1.aspx?Id=19500&IsNotification=False.

Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исследовательский центр частного права. М.: Статут, 2003.

Отчет общественной комиссии по развитию конкуренции в автомобильной отрасли по заказу Министерства транспорта и безопасности дорожного движения Израиля / Под ред. проф. и сертифициц. бухгалтера Залиха Я. 2012.

Семенов А. В. Интеллектуальные поправки в ГК — дети компромисса и целесообразности. Выступление на 13-й практической конференции из серии «Интеллектуальная собственность» 20 марта 2013.

<https://forum.china-iphone.ru>.

<https://forum.xumuk.ru>.

Новые проблемы
на стыке прав
интеллектуальной
собственности
и антимонопольного
законодательства:
взгляд из Европы
и Соединенных Штатов

Новые проблемы на стыке прав интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства: взгляд из Европы и Соединенных Штатов

Перевод
с английского языка



**Янис Лианос
(Ioannis Lianos)**

Школа права Лондонского
университетского колледжа
(University College of London),
доцент.
Центр права, экономики
и общества, директор.
Доктор юридических наук



**Рошель Дрейфусс
(Rochelle Dreyfuss)**

Школа права Нью-Йоркского
университета (New York
University), профессор.
Энгельбергский центр права
и инновационной политики,
содиректор

* Авторы выражают благодарность Деспойне Манзари (Despoina Mantzari) (UCL) за ее отличную помощь в исследовательской работе, а также Клэр Бушер (Clare Boucher), Тони Клейтону (Tony Clayton) и сэру Робину Джекобу (Sir Robin Jacob) - за интересные дискуссии.

Разумеется, авторы несут исключительную ответственность за выраженные в работе мнения и любые допущенные ошибки.

Реферат «Новые проблемы на стыке прав интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства: взгляд из Европы и Соединенных Штатов»

Трудности во взаимодействии прав интеллектуальной собственности и законодательства о защите конкуренции (антимонопольного законодательства)

В последние годы многие страны всерьез занялись пересмотром системы правового регулирования, которую они используют для поддержки инноваций. Отчасти необходимость в ревизии большинства национальных законов об интеллектуальной собственности была обусловлена созданием Всемирной торговой организации (ВТО) и появлением принятого в ее рамках Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)¹. В какой-то мере движущей силой переоценки, особенно на стыке антимонопольного законодательства и законов об интеллектуальной собственности, явились новые экономические теории. Однако главным фактором, определившим поиск оптимальных методов содействия развитию внутреннего производства интеллектуальной продукции, можно считать осознание важного значения наукоемких товаров в современной глобальной экономике. В настоящей статье описываются основные тенденции в данной области. При этом особое внимание уделяется опыту ЕС и США и делается акцент на патентных правах.

Начинается доклад с описания инновационной «экосистемы» и взаимоотношений между различными участниками инновационного процесса. Теоретически инновации зарождаются «выше по течению» — с возникновением фундаментальных научных идей, а затем двигаются

«вниз по течению», проходя через стадии поиска технического применения этих идей, разработки путей коммерческой реализации и технологий производства, а затем создания механизмов, обеспечивающих техническое обслуживание, сбыт и продажи. Первичные исследования, представленные фундаментальной наукой, порой бывают слишком далеки от прикладной сферы и могут нуждаться в стимулировании и поддержке со стороны внешних структур, особенно правительства.

Вместе с тем сегодня экономисты признают, что инновационный процесс в действительности имеет не чисто линейный характер: фундаментальные идеи возникают и «ниже по течению», а ученые-теоретики могут внести свой вклад в разработку перспектив дальнейшего развития этих идей². Соответственно, на всех стадиях инновационного процесса необходима комбинация различных стимулирующих факторов. Разумеется, роль «двигателя» здесь играет активная конкуренция, побуждающая промышленность внедрять достижения научно-технического прогресса, находить техническое применение новейшим идеям, создавать новые предприятия и рабочие места, повышать производительность труда и уровень социального обеспечения. Но для того, чтобы облегчить этот процесс, нужны законы об интеллектуальной собственности и защите конкуренции. Законы об интеллектуальной собственности оградят изобретателей и инве-

¹ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности от 15 апреля 1994 г. / Марракешское соглашение о создании Всемирной торговой организации. Приложение 1С // Правовые акты — результаты Уругвайского раунда.— 1994.— Т. 31, 33. I.L.M. 81 (далее — Соглашение ТРИПС).

² См., в частности: Murray F., O'Mahony S. Exploring the Foundations of Cumulative Innovation: Implications for Organization Science // Organization Science.— 2007.— № 18.— P. 1006.

сторов, вкладывающих усилия и средства в разработку инноваций, от любителей «прокатиться за чужой счет», способных копировать инновационный продукт и, благодаря более низким издержкам, сбить цену, установленную автором изобретения. Конкурентное законодательство дополняет систему охраны интеллектуальной собственности, а также выступает в роли противовеса, защищая общество от обладателей права, которые в отсутствие соответствующих законов могли бы препятствовать дальнейшему совершенствованию инновационных разработок или устанавливать чрезмерно высокие цены на свою продукцию.

Сложность инновационного процесса и значительные отличия между бизнес-моделями, применяемыми в разных отраслях экономики, указывают на необходимость использовать многообразные подходы при выборе средств стимулирования, а также уделять пристальное внимание взаимодействию и адаптации антимонопольного законодательства и законодательства об интеллектуальной собственности. Например, Соединенные Штаты, признавая растущую важность объединения усилий участников инновационной деятельности, действующих на различных стадиях процесса, в 1980 г. приняли акт Бея-Доула (Bayh-Dole Act). Данный закон, наделивший университеты правом патентовать изобретения, ставшие результатом работы, финансируемой из госбюджета³, укрепил связи между академической наукой и промышленностью и тем самым способствовал развитию обмена идеями и информацией⁴. Также и намечившийся переход от вертикальной интеграции к лицензированию цепочки создания добавленной стоимости, в которой каждый участник инновационного процесса вносит свои знания и опыт с целью превращения идей в коммерческие продукты⁵, требует, чтобы патентные права и лицензии на интеллектуальную собственность служили средством распределения вознаграждения по ходу разработки инновационной продукции. Таким образом, конкурентное законодательство должно предоставлять обладателям прав высокую степень гибкости в том, каким образом они организуют свои деловые операции⁶. В частях II–IV доклада обсуждается, как в свете подобного развития ситуации следует пересматривать и законы об интеллектуальной собственности, и законодательство о защите конкуренции.

³ Свод законов США, раздел 35, § 200–212 // Патентное законодательство зарубежных стран : в 2 т. Т. 2 / сост. Н. К. Финкель. — М.: Прогресс, 1987.

⁴ Lee P. Transcending the Tacit Dimension: Patents, Relationships, and Organizational Integration in Technology Transfer // California Law Review. — 2004. — № 100. — P. 1503.

⁵ O'Connor Sean M. IP Transactions as Facilitators of the Globalized Innovation Economy // R. Dreyfuss, D. L. Zimmerman, H. First. Working within the Boundaries of Intellectual Property-Innovation Policy for the Knowledge Society. — Oxford University Press, 2010. — P. 203.

⁶ Teece David J., Pisano G., Shuen A. Dynamic Capabilities and Strategic Management / Strategic Management Journal. — 1997. — № 18. — P. 509, 516; Teece David J. Profiting from Technological Innovation: Implications for Integration, Collaboration, Licensing and Public Policy // Research Policy. — 1986. — № 15. — P. 285.

Как законы об интеллектуальной собственности, так и антимонопольное законодательство должны учитывать различия между моделями технологического прогресса. Как отмечали Р. Нельсон (Richard Nelson) и Р. Мерджес (Robert Merges), «нужны по крайней мере четыре общие модели. Первая служит для описания отдельных изобретений. Вторая касается „кумулятивных технологий“. Отдельное место занимают химические технологии, имеющие свои собственные особенности. И наконец, есть сфера „научеёмких“ технологий, где технический прогресс обеспечивается за счет развития научных знаний вне конкретной отрасли промышленности»⁷. Поэтому «универсально-уравнительный» подход к системе интеллектуальной собственности неуместен. В частности, вследствие того, что законодательство об интеллектуальной собственности впервые стало разрабатываться во времена Промышленной революции, оно в значительной степени ориентировано на самостоятельные (отдельные) механические изобретения, поэтому включает очень мало положений, которые позволяли бы очередному поколению изобретателей «стоять на плечах предшественников»⁸. Таким образом, указанное законодательство нуждается в существенной модернизации для того, чтобы соответствовать инкрементальному (кумулятивному) подходу, характерному для большинства инноваций в эпоху революции знаний. Примером в данном случае может служить появление секторов программного обеспечения и полупроводников. Аналогичные изменения необходимы и для того, чтобы законодательство могло лучше учитывать потребности наукоемкого сектора биотехнологий.

В части II обсуждаются возможности, или, как бы выразились Д. Берк и М. Лемли, «рычаги», которые можно использовать для адаптации патентного законодательства к новым реалиям⁹. Сюда входит принятие решений относительно того, что представляет собой охраноспособный объект и каков должен быть уровень изобретательского творчества для предоставления патентной охраны. Также определяются рамки требований по раскрытию информации, содержится анализ нарушений патентного права, характера ограничений и изъятий в отношении прав интеллектуальной собственности и доступных путей решения существующих проблем. К тому же патентное право использует в качестве мерила знания человека, владеющего стандартным набором навыков в конкретной области, и по этой причине оно обладает внутренним механизмом, который позволяет точно определить надежность и эффективность существующей системы для обеспечения необходимого уровня защиты в соответствующей отрасли.

⁷ Nelson Richard R., Merges Robert P. On the Complex Economics of Patent Scope // Columbia Law Review. — 1990. — № 90. — P. 839, 880.

⁸ Scotchmer S. Standing on the Shoulders of Giants: Protecting Cumulative Research and the Patent Law // Journal of Economic Perspectives. — 1991. — № 5. — P. 29.

Выражение «стоять на плечах гигантов» взято из письма И. Ньютона Р. Гуку. См. сборник цитат: Andrews R. The Columbia World of Quotations. № 41 418. — Columbia University, 1996.

⁹ Burk Dan L., Lemley Mark A. The Patent Crisis and How Courts Can Solve it. — Chicago, IL: University of Chicago Press, 2009.

Классические законы об охране прав интеллектуальной собственности и инноваций разрабатывались с учетом принципа самостоятельной юрисдикции отдельных государств. По мере того как границы становились все более прозрачными, капиталы, компании и высококвалифицированные специалисты стали мигрировать в страны, где им предлагались наиболее благоприятные условия¹⁰. В сущности, свидетельством таких изменений явилась промульгация Соглашения ТРИПС в рамках Всемирной торговой организации. В части II описывается, каким образом страны начали изменять патентное законодательство с тем, чтобы оно отражало глобальную природу инновационной деятельности, а в части IV обсуждается проблема параллельного импорта и исчерпания патентных прав с учетом наличия глобального рынка для инновационной продукции, особого характера некоторых из этих продуктов и возникновения новых моделей ведения бизнеса. Был разработан ряд механизмов (преимущественно они находятся вне законодательства об охране интеллектуальной собственности и конкуренции и потому выходят за рамки данной статьи) в целях противодействия «утечке мозгов» и даже репатриации работников умственного труда, которые эмигрировали в поисках лучших условий для получения образования или трудоустройства.

Как отмечается в части III, наметившийся во всем мире рост числа стран, которые приняли антимонопольное законодательство, может осложнить использование интеллектуальной собственности на глобальном уровне. Государства расходятся во мнении относительно того, как закон о конкуренции пересекается с охраной прав интеллектуальной собственности. Кроме того, не существует глобальной нормативно-правовой базы, подобной Соглашению ТРИПС, которая могла бы служить основой для законодательства о конкуренции. В докладе представлена иллюстрация в виде сравнительного анализа применения антимонопольного закона США и законодательства ЕС о конкуренции в практической деятельности обладателей прав, рассматриваются разные теоретические рамочные механизмы и стандарты, предлагаемые для решения проблем, связанных с взаимодействием законодательства о защите прав интеллектуальной собственности и конкуренции. В данной части особое внимание уделяется целому ряду таких конкретных вопросов, встречающихся в практической деятельности, как отказ в предоставлении лицензии; нарушение правил конкуренции в процессе государственных закупок и эксплуатация прав интеллектуальной собственности; создание патентных пулов и перекрестное лицензирование; установление стандартов и другие формы обмена технологиями; обязательства по FRAND-лицензированию; совместные предприятия; патентные оговорки; навязывание технологий и комплексное лицензирование; чрезмерно высокие роялти; поддержание цен при перепродаже товаров, на которые распространяется защита

прав интеллектуальной собственности; вертикальные территориальные ограничения и потребительские ограничительные меры; разрешение споров о праве интеллектуальной собственности.

Также стало очевидно, что законы об интеллектуальной собственности не являются единственными определяющими факторами процесса инноваций. Компании присваивают себе плоды изобретательского творчества самыми разными путями, и при выработке используемых стратегий патентные законы имеют относительно небольшое значение. Как показал опрос, проведенный в Великобритании А. Хьюзом и А. Мина, для многих фирм основным приоритетом является достижение выигрыша во времени при подготовке к выпуску новой продукции наряду с методами, позволяющими поддерживать это преимущество за счет сохранения секретности, хотя тут и отмечаются некоторые вариации в зависимости от размеров компании¹¹. Поэтому законы, защищающие коммерческие секреты и обеспечивающие соблюдение соглашений о конфиденциальности, могут иметь не менее важное значение, чем более формальные законы об интеллектуальной собственности¹². В действительности работа Э. Мэнсфилда указывает на то, что один лишь фармацевтический сектор полагается преимущественно на патентное законодательство, чтобы обеспечить получение дохода от инноваций¹³. К тому же введение «универсально-уравнивающей» системы практически не имеет смысла, и в части II наглядно показано, как можно манипулировать патентным законодательством, чтобы решать проблемы, которые связаны с различиями, обусловленными особенностями технической области, где осуществляется инновационная деятельность, изменениями, происходящими по мере развития отрасли, и прочими переменными.

С этим замечанием соотносится еще одно наблюдение: все чаще признается, что значительная часть инновационной деятельности осуществляется в отсутствие какого-либо механизма для непосредственного присвоения доходов. Так называемые «открытые инновации» появляются под воздействием целого ряда факторов, включая любопытство, удовольствие, ожидание репутационных приобретений, профессионального продвижения и наград, а также расчет на получение ответной

¹⁰ Samuelson P. Intellectual Property Arbitrage: How Foreign Rules Can Affect Domestic Protections. *University of Chicago Law Review*. — 2004. — № 71. — P. 223–239.

¹¹ Hughes A., Mina A. The Impact of the Patent System on SMEs. 2010: доклад, подготовленный для Стратегического консультативного совета по интеллектуальной собственности (SABIP). URL: <http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-impact-201011.pdf> (дата обращения: 28.04.2013).

¹² См. также: Mansfield E. R&D and Innovation: Some Empirical // Griliches Z. R&D, Patents and Productivity.— ed. Chicago: University of Chicago Press, 1984. — P. 127–148.

¹³ Mansfield E. Patents and Innovation: An Empirical Study // *Management Science*. — 1986. — № 32. — P. 173; см. также посвященную более широкому кругу вопросов работу: López A. Innovation and Appropriability, Empirical Evidence and Research Agenda // *The Economics of Innovation (WIPO 2009)*. URL: http://www.wipo.int/ip-development/en/economics/pdf/wo_1012_e_ch_1.pdf (дата обращения: 28.04.2013).

выгоды¹⁴. Однако эти системы действуют не полностью за пределами сферы интеллектуальной собственности. Скорее они нередко поддерживаются дополнительными, ориентированными на прибыль интересами, зависящими от прав интеллектуальной собственности. К примеру, IBM поддерживает свободную программную платформу Linux, чтобы иметь бесплатный доступ к платформе, на которой может работать проприетарное программное обеспечение IBM. Группы пользователей могут разработать новые продукты (например, инструменты исследования) посредством свободного обмена информацией внутри своих сообществ, но, как только эти продукты выходят на стадию коммерческого использования, для содействия их дальнейшему совершенствованию могут понадобиться права интеллектуальной собственности. В настоящее время ни в одну систему правового регулирования в сфере интеллектуальной собственности и конкуренции не были внесены поправки, признающие важное значение открытых инноваций. Поэтому в последующих разделах лишь кратко рассматриваются типы необходимых корректировок в законодательстве¹⁵.

¹⁴ См., в частности: Hippel E. von. *Democratizing Innovation*. — MIT Press, 2005; Chesbrough H. W. *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology*. — Cambridge, MA: Harvard Business School Publishing, 2003; Strandburg K. J. *Curiosity-Driven Research and University Technology Transfer* // Libecap G. D. 16 *Advances in the Study of Entrepreneurship, Innovation and Economic Growth*. — 2005. — P. 97; Murray F., Aghion P., Dewatripont M., Kolev J., Stern S. *Of mice and academics: Examining the effect of openness on innovation*. — 2009. — NBER Working Paper Series 14819. URL: <http://ssrn.com/abstract=1369055> (дата обращения: 28.04.2013).

¹⁵ Дальнейшее обсуждение данной проблематики см.: Dreyfuss R. C. *Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm* // *Cardozo Law Rev.* — 2010. — № 31 (5). — P. 1437–1473.

Потребность в новой теоретической основе

Как указано в части III, пересечение законодательства о конкуренции с законами об охране интеллектуальной собственности порождает сложные компромиссы между стимулами к инновациям и распространением инноваций, статической и динамической эффективностью, всеобщим благосостоянием и благосостоянием потребителей. Кроме того, это осложняет выбор между правилами и стандартами, общими правилами и частными, регулируемыми определенными режимами охраны интеллектуальной собственности, а также между механизмами предварительного и последующего контроля. Указанное пересечение привело к осознанию необходимости заняться переосмыслением как понятия интеллектуальной собственности, так и законодательства о конкуренции (при повышенном внимании к экономической стороне рассматриваемого вопроса). Хотя бюро по охране авторских прав и суды редко используют данный подход в своей повседневной работе при интерпретации и определении границ защиты прав интеллектуальной собственности, практики все чаще занимаются изучением реального влияния прав интеллектуальной собственности (особенно патентных прав) на инновации и благосостояние¹⁶. Сформировавшиеся диалектические взаимоотношения создали возможность для пересмотра контекста, который в течение долгого времени служил основой для данной области права и который сводился к тому, что права интеллектуальной собственности являются эквивалентом (или, как минимум, аналогом) прав собственности.

Преобразования в правовой и экономической литературе о нормах регулирования отношений собственности и материальной ответственности особенно ярко проявились в правилах, разработанных в отношении обязательного лицензирования и заменяющих лицензионные платежи эксклюзивными правами¹⁷. Правила собственности и правила материальной ответственности фактически образуют континуум: «если изобретатель вынужден лицензировать свою инновационную технологию, предоставляемая защита деградирует

с правила собственности до правила материальной ответственности»¹⁸. Этот акцент на взаимодополняющем характере инноваций заставляет переосмысливать права интеллектуальной собственности именно в таком ключе. Еще более важным является то, что противопоставление правил собственности правилам ответственности может стать объединяющей теоретической основой для анализа влияния различных форм защиты интеллектуальной собственности. На одном конце данного континуума патенты дают держателям прав возможность защиты от имитации и повторений и даже запрещают независимым изобретателям использовать защищенное изобретение и извлекать из него коммерческую выгоду. С другой стороны, коммерческая тайна не обеспечивает изобретателям защиту от независимых открытий или дублирования за счет обратного инжиниринга; авторское право защищает от выражения идеи, тем самым не исключая параллельной разработки изобретения. Однако оно может «наложить ограничения на обратный инжиниринг („обход цифровых замков”)»¹⁹.

Один из способов преодолеть сложности процесса создания инноваций и различия в характере технологического развития состоит в том, чтобы сделать законодательство об охране прав интеллектуальной собственности одной из форм регулирования: права налагают на третьих лиц соответствующие обязательства не в силу условий договора, нарушения или добровольного обмена, но в силу прямого вмешательства государства, имеющего целью стимулировать определенные виды деятельности ради достижения общего благосостояния²⁰. Наделяя владельцев информационных продуктов правами собственности, государство стремится не только упростить процесс совершения рыночных операций, как в случае прав материальной собственности, но и исправить дефект рыночного регулирования, вызванный бесплатным использованием. Применение регулятивного подхода позволяет концептуально оформить взаимодействие между законодательством о конкуренции и законами об охране интеллектуальной собственности как параметра взаимоотношений между деятельностью государства и конкуренцией.

¹⁶ См., напр.: Boldrin M., Levine David K. The Case Against Patents / Federal Reserve Bank of St Louis Working Paper. 2012–035A. URL: <http://www.research.stlouisfed.org/wp/2012/2012-035.pdf>. (дата обращения: 28.04.2013); Bessen J., Meurer Michael J. Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk. — Princeton University Press, 2009; Guillec D., Potterie Bruno van Pottelsberghe de la. The Economics of the European Patent System. — Oxford University Press, 2007; Jaffe Adam B., Lerner J. Innovation and its Discontents: How our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About it. — Princeton University Press, 2004; Scotchmer S. Innovation and Incentives. — MIT Press, 2004.

¹⁷ Calabresi G., Melamed Douglas A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral. — Harvard Law Review, 1972. — 1 089 p.; Lemley M. A., Weiser P. Should Property or Liability Rules Govern Information? — Texas Law Review, 2007. — 783 p.

¹⁸ Denicolò V., Franzoni L. A. Rewarding Innovation Efficiently: The case for Exclusive IP Rights, in Geoffrey A. Manne and Joshua D. Wright // Regulating Innovation: Competition Policy and Patent Law under Uncertainty: Regulating Innovation. — Cambridge University Press, 2011. — P. 287, 289.

¹⁹ Там же, Ibid. P. 290.

²⁰ См., например: Lianos I. Competition Law and Intellectual Property Rights: Is the Property Rights' Approach Right // Bell J., Kilpatrick C. The Cambridge Yearbook of European Legal Studies. — Hart Publishing, 2006. — P. 153.

Пересечение законодательства об охране прав интеллектуальной собственности с законодательством о конкуренции также привело к переосмыслению традиционной направленности последнего: современный подход обращает особое внимание на статическую эффективность распределения ресурсов. Динамический анализ «вторгся на территорию» анализа слияния и все чаще считается (по крайней мере, теоретически) необходимой частью оценки единоличного поведения в рамках законодательства о конкуренции. Однако на практике можно найти не так много примеров включения в законодательство о конкуренции результатов динамического анализа и направленности на динамическую эффективность. Это объясняется многими причинами.

Во-первых, с институциональной точки зрения у судов нет возможности проводить необходимый сложный анализ. Они ограничиваются доказательной базой и проблемами, поднятыми сторонами спора; эта доказательная база может включать в себя (а может и нет) влияние той или иной практики на потребителей, находящихся на соответствующих смежных рынках, на будущие поколения потребителей или же на все общество в целом. Органы регулирования конкуренции, которые в Европе являются преобладающей правоприменительной инстанцией, имеют больше всего возможностей для проведения сложного полицентрического экономического анализа этого типа. Они могут привлечь собственные экономические кадры и имеют полномочия заниматься изучением ситуации в различных отраслях экономики (посредством сбора материалов на отраслевом уровне). Их вмешательство в процесс рассмотрения дел о нарушениях прав интеллектуальной собственности в качестве мирового куратора может при этом стать эффективным способом влияния на процесс вынесения судебного решения и способствовать формированию подхода, более благоприятствующего конкуренции, в рамках законодательства об охране интеллектуальной собственности (например, на основе понятия о противоправном использовании патентов).

Во-вторых, если рассматривать данный вопрос по существу, органы регулирования конкуренции не имеют ни средств, ни инструментов, ни времени для систематического проведения динамического анализа конкуренции в каждом конкретном случае. Эти органы действуют в контексте принятия судебных постановлений, где существуют строгие временные рамки и ограниченные сроки для принятия решений. Динамический анализ лишь изредка добавляется после того, как орган регулирования конкуренции завершит статический анализ, но его результаты изначально не включаются непосредственно в проводимый этим органом экономический анализ складывающейся конъюнктуры. При этом органы регулирования конкуренции также не могут решить проблему сетевого эффекта, характерного для «новой экономики», который в сочетании с правами интеллектуальной собственности может наносить ущерб потребителям и, в конечном счете, процессу инноваций. Наконец, инструменты анализа статической и динамической эф-

фективности непопулярны среди органов регулирования конкуренции, а в большинстве случаев отсутствуют и данные, необходимые для выполнения более сложного анализа.

Вторым вариантом в порядке предпочтений являются презумпции и правила в отношении интерпретаций, относящихся к анализу законодательства о конкуренции и законов об охране интеллектуальной собственности. Они менее затратны, однако в большей степени подвержены ошибкам. При этом выступают альтернативой расширенному и сложному динамическому экономическому анализу, который нельзя реализовать в нынешних институциональных условиях.

В настоящем анализе подчеркивается не только важность законодательства об охране интеллектуальной собственности и законодательства о конкуренции, но и потребность в такой системе управления, которая опережает техническое и социально-экономическое развитие и надежно опирается на экономическую литературу. В части V рассматривается ее институциональное устройство и подчеркиваются регулятивные варианты, которыми можно воспользоваться в целях оптимизации законодательства и политики в отношении инноваций. В данном разделе также указывается на перемены, происходящие в управлении и позволяющие в значительной мере опираться на экономическую логику, на большее признание прав интеллектуальной собственности в качестве одной из форм регулирования, что в конечном итоге приведет к более тесному взаимодействию законодательства о конкуренции с законодательством об охране интеллектуальной собственности.

Таким образом, роль бюро по охране авторских прав может вскоре измениться. Вместо того чтобы выполнять чисто ведомственные задачи, например, регистрировать торговые марки или определять соответствие изобретений условиям патентоспособности (таким, как новизна, полезность и изобретательность), они могут стать более инициативными и взять на себя обязанности, связанные с прогнозированием, формированием базы знаний, обменом информацией и определением влияния системы охраны интеллектуальной собственности на экономическую эффективность, благосостояние, инновации. О такой постепенной трансформации бюрократических организаций в регулирующие красноречиво свидетельствуют недавно принятые меры по созданию экономических единиц и научно-консультативных советов в структуре органов по охране интеллектуальной собственности. При подобной эволюции указанные бюро могут играть доминирующую роль в интерпретации законодательства об охране интеллектуальной собственности применительно к новым технологиям и в разработке основы для анализа и выработки доктрины об охране интеллектуальной собственности.

Регулятивный подход может также возникнуть в результате перемен в способе работы бюро по охране авторских прав. Как видно из недавних реформ патентного законодательства США, установление порядка рассмотрения претензий после выдачи патента и других новых форм оспаривания патентов расширяют арбитражный мандат Бюро по патентам и товарным знакам США (USPTO). Процедуры оспаривания после выдачи патентов расширяют полномочия бюро, позволяя в большей мере учитывать эксклюзивное влияние патентов и их воздействие на конкуренцию. Кроме того, как показывает процесс дискуссии по вопросу наделения USPTO значительными правами законодательной инициативы, патентные бюро

могут превратиться в узловой элемент регулятивного ядра, ориентированного на инновации и включающего в себя органы по регулированию конкуренции, регулирующие органы различных отраслей (например, в сфере телекоммуникаций), в том числе в области производства продуктов питания и лекарственных средств, имеющего целью разработку согласованной инновационной политики, которая охватила бы все правовые инструменты, находящиеся в распоряжении государства, ради содействия инновациям и их использования на благо потребителей и всего общества в целом¹⁶.

Сотрудничество бюро по охране прав интеллектуальной собственности с другими агентствами в структуре ядра, регулирующего инновации, может также способствовать более систематическому учету аспектов динамической эффективности в ходе анализа законодательства о конкуренции. В частности, если бы бюро по авторским правам было поручено проведение периодического эмпирического и экономического анализа влияния патентов на уровень инновационного развития тех или иных отраслей, то результат последующих межведомственных дискуссий на основе общей доказательной базы можно было бы использовать в нормотворческом процессе и процессе судебного рассмотрения и обеспечить согласованность действий.

²¹ См., напр.: Rai Arti K. Patent Validity Across the Executive Branch: Ex Ante Foundations for Policy Development // Duke Law Journal. — 2012. — March. — Vol. 61. — Issue 6. — P. 1237.

НОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
НА СТЫКЕ ПРАВ
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ И
АНТИМОНОПОЛЬНОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА:
ВЗГЛЯД ИЗ ЕВРОПЫ
И СОЕДИНЕННЫХ
ШТАТОВ АМЕРИКИ

НОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ НА СТЫКЕ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ВЗГЛЯД ИЗ ЕВРОПЫ И СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ

Перевод
с английского языка



**Янис Лианос
(Ioannis Lianos)**

Школа права Лондонского
университетского колледжа
(University College of London),
доцент.
Центр права, экономики
и общества, директор.
Доктор юридических наук



**Рошель Дрейфусс
(Rochelle Dreyfuss)**

Школа права Нью-Йоркского
университета (New York
University), профессор.
Энгельбергский центр права
и инновационной политики,
содиректор

I. ВВЕДЕНИЕ

В последние годы многие страны всерьез занялись пересмотром системы правового регулирования, которую они используют для поддержки инноваций. Отчасти необходимость в пересмотре большинства национальных законов об интеллектуальной собственности была обусловлена созданием Всемирной торговой организации и появлением принятого в ее рамках Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС).¹ В какой-то мере движущей силой переоценки, особенно на стыке между антимонопольным законодательством и законами об интеллектуальной собственности, явились новые экономические теории. Однако главным фактором можно считать осознание большого значения наукоемких товаров в современной глобальной экономике, побудившее к поиску оптимальных методов содействия развитию внутреннего производства интеллектуальной продукции. В настоящей работе описываются основные тенденции в этой области. При этом особое внимание уделяется ЕС и Соединенным Штатам Америки и делается акцент на патентных правах.

Необходимость переоценки наглядно показывает история развития Соединенных Штатов Америки. В этой стране издавна отмечается интерес к поиску путей стимулирования технологического прогресса. Томас Джефферсон сам был изобретателем и проявлял личный интерес к системе патентования.² Многие научные учреждения были созданы в течение первого столетия существования США: Смитсоновский институт появился в 1850 году, а Национальная академия наук и Министерство сельского хозяйства – в 1862 году. Принятые в 1862 и 1890 годах Акты Моррилла положили начало системе бесплатного предоставления земель высшим учебным заведениям, направленной на развитие инноваций в области сельского хозяйства, естественных наук и инженерного искусства.³ В самом деле, поскольку технологии (успехи в авиации, радиолокации, шифровании, медицине и ядерной энергетике) сыграли роль важнейшего фактора победы во Второй мировой войне, президент Рузвельт попросил своего советника по науке Вэнивару Буша подготовить план научно-технического развития страны на послевоенный период.⁴

Разработанная Бушем стратегия основывалась на теории линейного развития: он считал, что инновации зарождаются «выше по течению» с возникновения

фундаментальных научных идей, а затем двигаются «вниз по течению», проходя через стадии поиска технического применения этих идей, разработки путей коммерческой реализации и технологий производства, а затем создания механизмов, обеспечивающих техническое обслуживание, сбыт и продажи. По мнению Буша, первичные исследования – фундаментальная наука – были слишком далеки от прикладной сферы, чтобы быть привлекательными для коммерческих инвестиций. Однако в то же время он рассматривал данную работу как многообещающий источник технологического развития по самым различным направлениям. Чтобы обеспечить непрерывную поддержку фундаментальной науки, американское правительство приступило к реализации рекомендованной Бушем смешанной программы развития научных исследований силами государственных лабораторий, наряду с финансированием исследований, проводимых в университетах и прочих некоммерческих организациях.⁵ Предполагалось, что активная конкуренция будет играть здесь роль «двигателя», побуждая промышленность внедрять достижения научно-технического прогресса, находить техническое применение новым идеям, создавать новые предприятия и рабочие места, повышать производительность труда и уровень социального обеспечения.⁶ А законы об интеллектуальной собственности и защите конкуренции будут способствовать развитию данного процесса.

Права интеллектуальной собственности защитят изобретателей и инвесторов, вкладывающих усилия и средства в разработку инноваций, от любителей прокатиться за чужой счет, которые в противном случае станут копировать инновационный продукт и, благодаря более низким издержкам, станут сбивать цену, установленную автором изобретения. (Существуют и другие обоснования прав интеллектуальной собственности, но американское законодательство основывалось на этом утилитарном подходе).⁷ А

1 Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности от 15 апреля 1994, Марракешское соглашение о создании Всемирной торговой организации, Приложение 1С, правовые акты — результаты Уругвайского раунда, т. 31, 33 I.L.M. 81 (1994) [далее Соглашение ТРИПС].

2 Грэм против Компании «Джон Дир» (Graham v John Deere Co), 383 US 1 (1966).

3 Диана Ротен (Diana Rhoten) и Вуди У. Пауэлл (Woody W Powell), Исследовательские университеты, финансируемые из федерального бюджета: от предоставления земли до выделения субсидий федерального правительства и выдачи патентов институтам в сб. под ред. Дианы Ротен и Крейга Дж. Калуна (Craig J Calhoun), «Вопросы знания» (Knowledge Matters) Изд-во Колумбийского университета, 2010. С 315.

4 Вэнивар Буш (Vannevar Bush), 'Бескрайние горизонты науки: доклад президенту о программе научных исследований в послевоенный период'. Правительственная типография США, 1945.

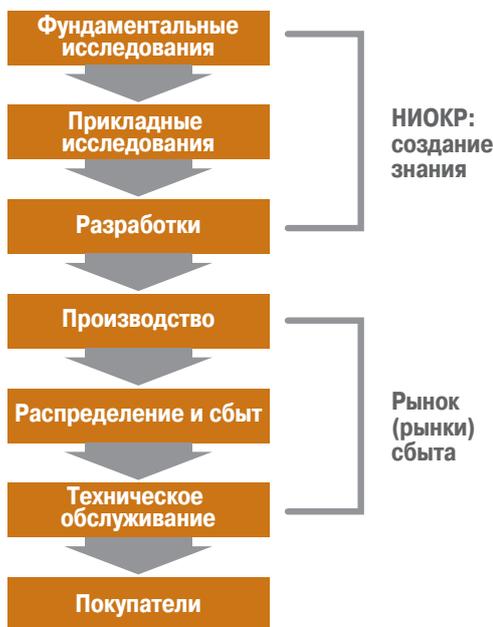
5 См. издание Комитета по управлению интеллектуальной собственностью университетов Национального научно-исследовательского совета Национальных академий США, Уроки из опыта поколения. Исследования и диалог: «Управление интеллектуальной собственностью университетов в общественных интересах» (Lessons from a Generation of Experience, Research and Dialogue', 'Managing University Intellectual Property in the Public Interest') Изд-во Национальной академии наук, 2010. С 69-70.

6 Джозеф А. Шумпетер (Joseph A Schumpeter), «Теория экономического развития» (The Theory of Economic Development) (Лондон, Transaction Pub 2005, (впервые работа опубликована изд-вом Гарвардского университета в 1934 г.) «Капитализм, социализм и демократия» (Capitalism, Socialism and Democracy) (1942 г., опубликована изд-вом Harper & Bros. в 1950 г.).

7 См., например, работу Брэда Шермана (Brad Sherman) и Лайонела Бентли (Lionel Bently) «Создание современных законов об интеллектуальной собственности» ('The Making of Modern Intellectual Property Law') (Кембридж юниверсити пресс, 1999) с 14-24 (переход от принципа завладения к рассмотрению умственного труда как источника права собственности стал первой формой обоснования для установления прав собственности на идеи); Кеннет У. Дэм (Kenneth W Dam), «Экономические обоснования патентного права» ('The Economic Underpinnings of Patent Law'). 1994 // Журнал юридических наук №23. С 247; Ф.М. Шерер (F M Scherer), «Инновационная лотерея» ('The Innovation Lottery') в сборнике под ред. Рошеллы К. Дрейфус (Rochelle C Dreyfuss), Хэрри Ферст (Harry First) и Дианы Л. Циммерман (Diane L Zimmerman) «Расширение границ интеллектуальной собственности» ('Expanding the Boundaries of Intellectual Property') (Оксфорд юниверсити пресс, 2001). С 3; Эдмунд У. Китч (Edmund W Kitch), «Характер и назначение

конкурентное законодательство мыслилось как дополнение к системе защиты интеллектуальной собственности, а также как противовес, обеспечивающий защиту общества от правообладателей, которые в отсутствие соответствующих законов могли бы препятствовать дальнейшему совершенствованию инновационных разработок или устанавливать чрезмерно высокие цены на свою продукцию.

Рисунок 1⁸



В значительной степени, представленная выше схема, до сих пор отражает ситуацию в области инновационной политики. Как подробно излагается в части II настоящего доклада, патенты предоставляются во всех областях техники. Однако патентоспособный объект определяется таким образом, что патентная защита не распространяется на фундаментальные открытия научных принципов (например, формулы $E = mc^2$, устанавливающей универсальную связь между массой и энергией), которые имеют столь генеративный характер, что работу над их практическим применением лучше всего вести в условиях конкуренции. Кроме того, права стеснены исключениями и ограничениями (например, исключениями в отношении исследований), которые способствуют проведению дальнейших исследований и конкурентных разработок «ниже по течению». Как показано в части III, существует набор правил на стыке законодательства об интеллектуальной собственности и конкурентного законодательства, которые создаются для защиты инноваций, появляющихся в процессе

доработки и совершенствования исходных изобретений, а также конкурентного рынка для технологических продуктов (а в некоторых случаях – для технологических возможностей).

Вместе с тем стало очевидно, что модель Буша и вытекающие из нее законы не учитывают многих важных аспектов инновационного процесса. Во-первых, современные экономисты ставят под сомнение его линейность. Фундаментальные идеи могут возникать и «ниже по течению». К тому же, участники инновационного процесса, вливающиеся в него «ниже по течению», могут играть существенную роль в определении новых перспектив и поиске коммерческих возможностей для их использования. В свою очередь, ученые-теоретики порой могут лучше других направлять ход дальнейшего развития фундаментальных идей.⁹ Так, например, Соединенные Штаты Америки в 1982 году приняли Акт Бэя-Доула, чтобы дать возможность университетам патентовать изобретения, явившиеся результатом работы, которая была профинансирована из госбюджета.¹⁰ Принятие такого закона, главным образом, ставило своей целью развить более тесные связи между учеными и промышленностью и способствовать расширению обмена идеями и информацией.¹¹ Аналогичным образом, наметившийся переход от вертикальной интеграции к лицензированию цепочки создания добавленной стоимости свидетельствует о признании того, что каждый участник инновационного процесса вносит в него свои знания и опыт, способствуя превращению идей в коммерческие продукты.¹² Поскольку лицензии на интеллектуальную собственность служат для того, чтобы распределять вознаграждения по ходу разработки инновационной продукции, правообладателям требуется более высокая степень гибкости в организации своих деловых операций.¹³ Как наглядно показано в частях II-IV

9 В частности, см. работу Фионы Мюррей (Fiona Murray) и Сиобханы Махоуни (Siobhan O'Mahony), «Исследование основ кумулятивных инноваций: значение для организационной науки» ('Exploring the Foundations of Cumulative Innovation: Implications for Organization Science'). 2007 // журнала «Организационная наука» (Organization Science) №18. С 1006.

10 Свод законов США, раздел 35, § 200-212.

11 Питер Ли (Peter Lee), «Переступая неписанные границы: патенты, взаимоотношения и интеграция организаций при передаче технологий» ('Transcending the Tacit Dimension: Patents, Relationships, and Organizational Integration in Technology Transfer'). 2004 // Калифорнийский правовой обзор (California Law Review). №100. С 1503.

12 Шон М. О'Коннор (Sean M O'Connor), «Сделки с ИС как фактор развития глобализованной инновационной экономики» ('IP Transactions as Facilitators of the Globalized Innovation Economy') // Рошель Дрейфусс (Rochelle Dreyfuss), Диана Л. Циммерман (Diane L Zimmerman) и Хэрри Ферст (Harry First). «Работа в рамках политики в области интеллектуальной собственности и инноваций в целях развития общества, основанного на знаниях» (Working within the Boundaries of Intellectual Property-Innovation Policy for the Knowledge Society) Оксфорд Университи-пресс, 2010. С 203.

13 Дэвид Дж. Тис (David J Teece), Гэри Писано (Gary Pisano) и Эми Шуен (Amy Shuen). «Динамичный потенциал и стратегическое управление» ('Dynamic Capabilities and Strategic Management'). 1997 // Журнал стратегического управления (Strategic Management Journal). №18. С 509, 516; Дэвид Дж. Тис (David J Teece), «Как извлечь выгоду из технологических инноваций: интеграция, сотрудничество, лицензирование и государственная политика» ('Profiting from Technological Innovation: Implications for Integration, Collaboration, Licensing and Public Policy'). 1986. // журнал «Исследовательская политика» (Research Policy). №15. С 285.

патентной системы» ('The Nature and Function of the Patent System'). 1977 // Журнала права и экономики. №20. С 265 (теоретические основы «заявки на участок под поиски и разведку» более подробно обсуждаются ниже).

8 Ян А. Ордовер (Jansuz A Ordover), «Экономические основы и факторы, которые необходимо учитывать в сфере защиты промышленной и интеллектуальной собственности» ('Economic Foundations and Considerations in Protecting Industrial and Intellectual Property'). 1984 // Журнал антимонопольного права №53(3). С 503, 515.

доклада, в свете подобного развития ситуации должны быть пересмотрены и законы об интеллектуальной собственности, и законодательство о защите конкуренции.

Во-вторых, стало очевидно, что не существует единой модели технического прогресса во всех областях. Как отмечали Ричард Нельсон (Richard Nelson) и Роберт Мерджес (Robert Merges), «нужны, по крайней мере, четыре общие модели. Первая служит для описания отдельных изобретений. Вторая касается «кумулятивных технологий». Отдельное место занимают химические технологии, имеющие свои собственные особенности. И, наконец, есть сфера «наукоемких» технологий, где технический прогресс обеспечивается за счет развития научных знаний вне конкретной отрасли промышленности».¹⁴ Поэтому «универсально-уравнительный» подход к системе интеллектуальной собственности неуместен. В частности, вследствие того, что законодательство об интеллектуальной собственности впервые стало разрабатываться во времена Промышленной революции, оно в значительной степени ориентировано на самостоятельные (отдельные) механические изобретения. В силу этого оно включает очень мало положений, которые позволяли бы очередному поколению изобретателей «стоять на плечах предшественников».¹⁵ Таким образом, данное законодательство нуждается в существенной модернизации, чтобы охватить инкрементальный (кумулятивный) подход, характерный для большинства инноваций в эпоху революции знаний. Примерами здесь могут служить появление секторов программного обеспечения и полупроводников. Аналогичным образом, изменения необходимы и для того, чтобы законодательство могло лучше учитывать потребности наукоемкого сектора биотехнологий. В части II обсуждаются многие возможности (или, как бы выразились Дэн Берк и Марк Лемли, «рычаги»), которые можно использовать для адаптации патентного законодательства к новым реалиям.¹⁶

В-третьих, классические законы об охране прав интеллектуальной собственности и инновационной деятельности разрабатывались с учетом принципа самостоятельной юрисдикции отдельных государств. По мере того, как границы становились

все более прозрачными, капиталы, компании и высококвалифицированные специалисты стали мигрировать в страны, где им предлагаются наиболее благоприятные условия.¹⁷ В сущности, свидетельством таких изменений является промульгация Соглашения ТРИПС в рамках Всемирной торговой организации. В части II описывается, каким образом страны начали изменять патентное законодательство с тем, чтобы оно отражало глобальный характер инновационных предприятий, а в части IV обсуждаются изменения, диктуемые глобальным рынком для инновационной продукции. Однако отмечающийся во всем мире рост числа стран, которые приняли и применяют антимонопольное законодательство, может осложнить использование этих глобальных правил защиты интеллектуальной собственности, поскольку государства расходятся во мнении относительно того, как закон о конкуренции пересекается с охраной прав интеллектуальной собственности, и не существует глобальной нормативно-правовой базы, подобной Соглашению ТРИПС, которая могла бы служить основой для законодательства о конкуренции. В части III представлена иллюстрация в виде сравнительного анализа практики применения антимонопольного закона США и законодательства ЕС о конкуренции в области защиты интеллектуальной собственности. Однако упомянутые изменения в правовой сфере являются не единственным способом адаптации стран к меняющимся международным условиям. Напротив, был разработан ряд механизмов – преимущественно они находятся вне законодательства об охране интеллектуальной собственности и конкуренции и потому выходят за рамки данной статьи – в целях противодействия «утечке мозгов» и даже репатриации работников умственного труда, которые эмигрировали в поисках лучших условий для получения образования или трудоустройства.

В-четвертых, стало очевидно, что законы об интеллектуальной собственности не являются единственными, определяющими факторами процесса инноваций. Компании присваивают себе плоды изобретательского творчества самыми разными путями; для многих фирм при выработке используемых стратегий патентные законы имеют относительно небольшое значение. Как показал опрос, проведенный в Великобритании Аланом Хьюзом и Андреа Мина, для многих фирм основным приоритетом является достижение выигрыша во времени при подготовке к выпуску новой продукции, наряду с методами, позволяющими поддержать это преимущество за счет сохранения секретности, хотя тут и отмечаются некоторые вариации в зависимости от размеров компании. Поэтому законы, защищающие коммерческие секреты и обеспечивающие соблюдение

14 Роберт П. Мерджес (Robert P Merges) и Ричард Р. Нельсон (Richard R Nelson). «О сложностях, связанных с экономическими аспектами сферы действия патента» ('On the Complex Economics of Patent Scope'). 1990. Правовой обзор Колумбийского университета (Columbia Law Review). № 90. С 839, 880.

15 Например, см. Сюзанн Скотчмер (Suzanne Scotchmer), «Стоящие на плечах гигантов: защита кумулятивных исследований и патентное право» ('Standing on the Shoulders of Giants: Protecting Cumulative Research and the Patent Law'). 1991 // Журнал экономических перспектив (Journal of Economic Perspectives). №5. С 29. Выражение «стоять на плечах гигантов» взято из письма Исаака Ньютона Роберту Гуку, см. сборник цитат под ред. Роберта Эндрюза (Robert Andrews) с соавт. (The Columbia World of Quotations No. 41418), цитата №41418 (изд-во Колумбийского университета, 1996 г.).

16 Дэн Л. Берк (Dan L Burk) и Марк А. Лемли (Mark A Lemley), «Кризис патентного права и каким образом суды могут его разрешить» ('The Patent Crisis and How Courts Can Solve it'). изд-во Чикагского университета (University of Chicago Press). 2009.

17 Памела Самуэльсон (Pamela Samuelson), «Арбитраж в сфере интеллектуальной собственности: как иностранные правила могут влиять на внутренние механизмы защиты» ('Intellectual Property Arbitrage: How Foreign Rules Can Affect Domestic Protections'). 2004 // Правовой обзор Чикагского университета (University of Chicago Law Review). №71. С 223.

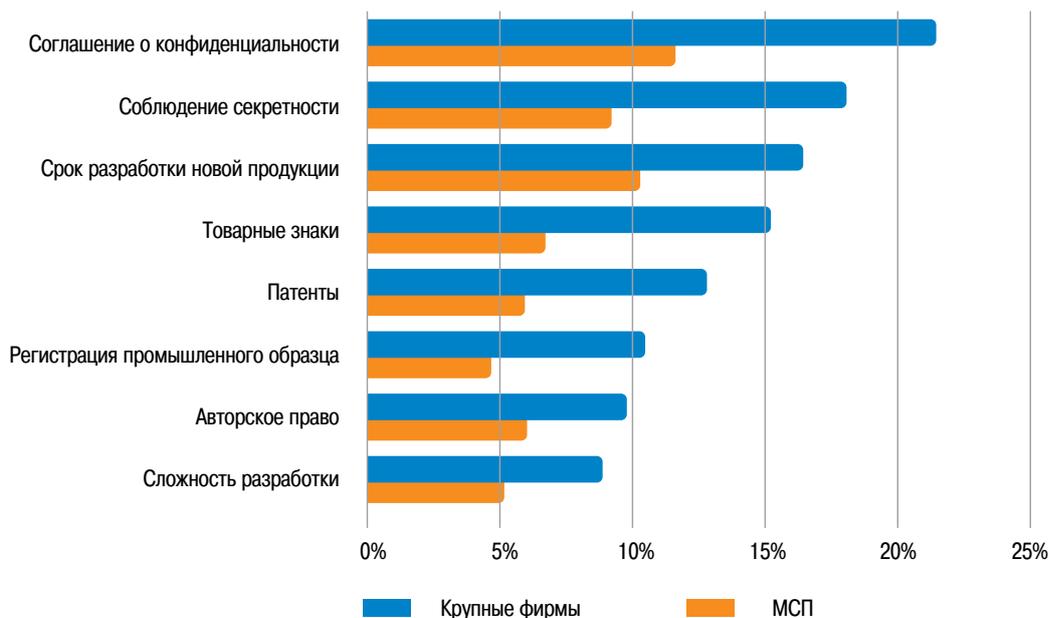
соглашений о конфиденциальности, могут иметь не меньшую важность, чем более формальные законы об интеллектуальной собственности.¹⁸ В действительности работа Эдвина Мэнсфилда указывает на то, что один лишь фармацевтический сектор полагается преимущественно на патентное законодательство, чтобы обеспечить получение дохода от инноваций.¹⁹ Кроме того, введение «универсально-уравнительной» системы практически не имеет смысла, и в части II наглядно показано, как можно манипулировать патентным законодательством, чтобы решать проблемы, связанные с различиями, обусловленными особенностями технической области, где осуществляется инновационная деятельность, изменениями, которые происходят по мере развития отрасли, и прочими переменными.

С этим замечанием тесно связано еще одно наблюдение: все чаще признается, что значительная часть инновационной деятельности осуществляется в отсутствие какого-либо механизма для непосредственного присвоения доходов. Так называемые «открытые инновации» появляются под воздействием целого ряда факторов, включая любопытство, удовольствие, ожидание репутационных приобретений, профессионального продвижения и наград, а также расчет на получение ответной выгоды.²¹ Однако эти системы нередко поддерживаются дополнительными ориентированными на прибыль интересами. К примеру, IBM поддерживает свободную программную платформу Linux, чтобы иметь бесплатный доступ к платформе, на которой может работать проприетарное программное обеспечение IBM; группы пользователей могут разработать новые продукты (например, инструменты исследования) посредством свободного обмена информацией

Рисунок 2²⁰

Защита инноваций: методы, предпочитаемые британскими фирмами

Источник: Хьюз (Hughes) и Мина (Mina), опрос на тему «Инновационная деятельность в Великобритании»



18 Также см: Эдвин Мэнсфилд (Edwin Mansfield). «НИОКР и инновации: некоторые эмпирические данные» ('R&D and Innovation: Some Empirical Findings') // В сб. под ред. Цви Грилешес (Zvi Griliches) «НИОКР, патенты и производительность» ('R&D, Patents and Productivity'), Национальное бюро исследований. Изд-во Чикагского университета. 1984. С 127.

19 Эдвин Мэнсфилд (Edwin Mansfield). «Патенты и инновации: эмпирическое исследование» ('Patents and Innovation: An Empirical Study'). 1986. Наука управления (Management Science). №32. С 173. Также см. посвященную более широкому кругу вопросов работу Андреса Лопеса (Andrés López) «Инновации, возможность присвоения экономических выгод, эмпирические исследования и повестка дня научных исследований» ('Innovation and Appropriability, Empirical Evidence and Research Agenda'). «Экономические аспекты инноваций» (The Economics of Innovation) (WIPO 2009), доступную по адресу: <http://www.wipo.int/ip-development/en/economics/pdf/wo_1012_e_ch_1.pdf> (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.).

20 Иен Харгривз (Ian Hargreaves). «Цифровая перспектива – обзор ситуации в области интеллектуальной собственности и экономического роста» ('Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth') (май 2011 г.), доступен по адресу: <<http://www.ipo.gov.uk/ipreview-final-report.pdf>>, с. 17, последнее посещение сайта - 28 апреля 2013 г.

21 В частности, см. Эрик фон Хиппель (Eric von Hippel). «Демократизация инноваций» (Democratizing Innovation) (из-во MIT Press, 2005 г.); Хенри У. Чесбро (Henry W Chesbrough). «Открытая инновация: новый призыв к созданию технологий и получению прибыли» ('Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology'). Изд-во Гарвардской школы бизнеса, 2003; Кэтрин Дж. Стрендберг (Katherine J Strandburg), «Исследования, обусловленные любопытством, и передача технологий в университетах» ('Curiosity-Driven Research and University Technology Transfer') // В сб. под ред. Гэри Д. Лайбкен (Gary D Libecap) (2005 г.). «16 шагов вперед в изучении предпринимательства, инноваций и экономического роста» (16 Advances in the Study of Entrepreneurship, Innovation and Economic Growth), 97; Фиона Мюррей с соавт. (Fiona Murray, et al). «О мышах и ученых: исследование воздействия открытости на инновации» ('Of Mice and Academics: Examining the Effect of Openness on Innovation', март 2009 г. // Сб. рабочих документов NBER, т. w14819, 2009, доступен по адресу: <<http://ssrn.com/abstract=1369055>> (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.).

внутри своих сообществ, но как только эти продукты выходят на стадию коммерческого использования, для содействия их дальнейшему совершенствованию могут понадобиться права интеллектуальной собственности. Пока что ни в одной системе правового регулирования в сфере интеллектуальной собственности и конкуренции не были внесены поправки, признающие важность открытых инноваций. Поэтому в последующих разделах лишь кратко рассматриваются типы необходимых корректировок в законодательстве.²²

Эта дискуссия указывает не только на важность законодательства об интеллектуальной собственности и конкуренции, но и необходимость такой системы управления, которая идет в ногу с развитием технологий, экономики и общества, а также постоянно следит за экономической литературой. В части V доклада рассматриваются вопросы организационного планирования и имеющиеся варианты нормативно-правового регулирования в целях оптимизации законодательства и политики в сфере инновационной деятельности.

²² Однако см. статью Рошель К. Дрейфусс (Rochelle C Dreyfuss) «Нуждается ли ИП в ИС? Размещение интеллектуального производства за пределами парадигмы интеллектуальной собственности» ('Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm'), 2010 // Правовой обзор юридического факультета им. Кардозо. №31. С 1437.

II. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ
МЕЖДУ ЗАКОНОДА-
ТЕЛЬНЫМИ НОРМАМИ,
ДЕЙСТВУЮЩИМИ
В ОТНОШЕНИИ
РАВНОПРАВНЫХ
ОБЛАДАТЕЛЕЙ ПРАВ
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ,
И РЕЖИМАМИ
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ,
ДЕЙСТВУЮЩИМИ
В ОТДЕЛЬНЫХ
СЕКТОРАХ

Любое рассмотрение законодательства об интеллектуальной собственности в контексте торговли следует начинать с Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), которое устанавливает минимальные уровни защиты, подлежащие соблюдению всеми членами Всемирной торговой организации (ВТО). В рамках рассмотрения технологических инноваций наиболее значимы положения о патентах. Согласно соглашению ТРИПС все члены должны выдавать патенты на все «продукты или способы, во всех областях техники при условии, что они обладают новизной, содержат изобретательский уровень и являются промышленно применимыми» (в формулировке США они должны обладать новизной, неочевидностью и полезностью); между членами не должно быть неравенства в зависимости от области техники, места создания изобретения, а также от того, импортируются продукты или производятся на месте (ст. 27.1). Патент предоставляет владельцам тех патентов, объектом которых является продукт, право препятствовать другим лицам в изготовлении данного продукта, его использовании, предложении для продажи, продаже или импорте; владельцы тех патентов, объектом которых является способ, имеют право препятствовать другим лицам в использовании способа, а также использовании, предложении для продажи, продаже или импорте продукта, полученного данным способом (ст. 28). Патент должен включать раскрытие сущности изобретения (ст. 29). Срок действия прав составляет 20 лет с даты подачи заявки на патент (ст. 33).

Рамки этих границ оставляют достаточный простор для индивидуальных национальных особенностей. Соглашение ТРИПС разрешает членам ВТО исключать из области патентуемых изобретений те изобретения, применение которых несет в себе угрозу для общественного порядка или морали; в частности, члены могут исключать терапевтические, диагностические и хирургические методы, растения и животных (для растений, однако необходимо применение охраны *suí generis*) (ст. 27.2 и 3). Кроме того, члены могут выдавать принудительные лицензии при определенных, четко оговоренных условиях (ст. 31). И наконец, предусмотрен общий критерий исключений, который позволяет членам вводить «ограниченные исключения из исключительных прав, предоставляемых патентом, при условии, что такие исключения необоснованно не вступают в противоречие с нормальным использованием патента и необоснованно не ущемляют законные интересы патентообладателя, учитывая законные интересы третьих лиц» (ст. 30). Строгое толкование ст. 30 было дано в деле Канада-фармацевтические продукты группой экспертов для рассмотрения споров в ВТО: критерий носит накопительный характер, и ущемление исключительных прав должно быть очень узким. Группа также потребовала, чтобы любое ограничение отвечало требованию технологической нейтральности

статьи 27.1.²³ Однако после того как спор, связанный с Канадой, был урегулирован, в Декларации министров (Декларация Дохи) было подчеркнуто, что Соглашение (и предположительно эти положения) следует толковать через призму национальных интересов в области здравоохранения, питания и достижения баланса между производителями и потребителями, а также таким образом, чтобы способствовать техническому и социально-экономическому развитию (см. ст. 7 и 8).²⁴ Можно предположить, что эта Декларация предоставляет отдельным странам больше гибкости, чем сделала Группа экспертов в заключении по спору Канада-фармацевтические продукты.

Соглашение допускает гибкость применения и в других отношениях. В нем отсутствуют определения таких терминов, как изобретение, новизна, изобретательский уровень, промышленное применение, изготовление, использование, продажа и предложение для продажи. И, поскольку Соглашение также содержит требование эффективного обеспечения соблюдения прав интеллектуальной собственности (ст. 41-46), в другом споре Китай - исполнение права Группа экспертов ВТО дала положениям по обеспечению соблюдения прав интеллектуальной собственности толкование, имеющее значительное расхождение с национальными приоритетами.²⁵ И наконец, Соглашение ТРИПС не предусматривает норм в отношении регулирования цен или владения патентными правами.

В соответствии с исключаящими неравенство положениями ст. 27 Соглашения ТРИПС национальное патентное законодательство едино в том, что касается основных принципов, т.е. формально они регламентируют одинаковый подход ко всем технологиям. Тем не менее, как убедительно показали Дан Берк (Dan Burk) и Марк Лемли (Mark Lemley), применение единых положений к отдельным технологиям может привести к приспособлению законодательства под конкретные области и национальные интересы.²⁶ Ниже рассмотрены характерные вопросы патентного судебного разбирательства — действительность патента, нарушение прав, способы освобождения от ответственности за нарушение прав и средства правовой защиты — с целью продемонстрировать, как страны (прежде всего, Соединенные Штаты Америки и ЕС) приспособляют свое законодательство к своим нуждам, конкретным технологиям и взглядам на экономическую и инновационную политику. Кроме того, Соединенные Штаты Америки применяют

23 Охрана патентных прав на фармацевтическую продукцию в Канаде // Отчет группы экспертов, WT/DS114/R (17 марта 2000 г.).

24 Всемирная торговая организация, Декларация министров от 14 ноября 2001 г., WT/MIN(01)/DEC/1, I.L.M. т. 41, 746 (2002); Всемирная торговая организация, Декларация в отношении Соглашения ТРИПС и здравоохранения, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 ноября, 2001 г. I.L.M. т. 41, 755 (2002).

25 Китай-меры по обеспечению охраны и принудительному соблюдению прав интеллектуальной собственности // Отчет группы экспертов, WT/DS362/R (26 января 2009 г.).

26 Берк (Burk) и Лемли (Lemley) (см. сноску 16).

специальные нормы к финансируемым государством изобретениям, создаваемым в определенных учреждениях (преимущественно университетах). Теоретически адаптация под различные нужды конкретных технологий возможна путем изменения срока действия патентов. Например, более короткий срок действия целесообразен в областях с низкими стартовыми инвестициями, где идет быстрое параллельное накопление знаний, или, где имеет место быстрое отраслевое развитие.²⁷ Однако, ст. 33 Соглашения ТРИПС делает такую форму дифференциации проблематичной. Еще более значимо то, что составление описания изобретения к патенту достигло высокой степени совершенства; составители скорее всего найдут пути составления патентной формулы, подпадающей под категорию с более длительным сроком. Поэтому эта форма приспособления не имеет практического значения.

А. Действительность патента

Патенты должны отвечать требованиям, предъявляемым к объекту изобретения, новизне, изобретательности, полезности, раскрытию сущности изобретения и формуле изобретения.

1. Патентоспособный объект

Несмотря на Соглашение ТРИПС и общее соглашение, регламентирующее объем охраны патента, существуют многочисленные национальные отличия. В Соединенных Штатах Америки действуют правила «по умолчанию», позволяющие запатентовать «все имеющееся на земле, что сделано человеком», исключая законы природы, физические явления и абстрактные идеи.²⁸ При этом предполагается, что если Конгресс не согласится с областью применения какой-нибудь новой технологии, то он в законодательном порядке отменит решение. В Канаде, по-видимому, имеет место противоположная ситуация: при открытии новой технологии Парламент должен вынести решение о возможности ее патентования.²⁹ В Европейской патентной конвенции (ЕПК)³⁰ специально перечислены исключения. К ним относятся научные теории, эстетические решения, правила выполнения интеллектуальных действий, методы ведения бизнеса, программы для компьютеров, изобретения, нарушающие общественный порядок, разновидности растений и животных, методы лечения и

диагностики людей или животных, которые практикуются на теле (ст. 52.2 и 53 ЕПК). Что касается Евросоюза, то из положений Биотехнологической директивы следует, что исключение патентоспособности для растений и животных не распространяется на изобретения в области биотехнологий, которые остаются патентоспособными, пока не затрагивают процессы клонирования людей, модифицирования клеточных линий или использования человеческих эмбрионов в промышленных или коммерческих целях (ст. 1 и 6).³¹

Ограничения на патентоспособный объект отражают разнообразие национальных интересов. Законы природы, — которые также можно рассматривать как не отвечающие критерию новизны (поскольку они уже существуют) или критерию полезности (поскольку сами по себе они не имеют полезного применения) — считаются непатентоспособным объектом изобретения, поскольку на их основе возможно создание множества инноваций и применений. Разрешение на выдачу патента создало бы слишком широкое право и тормозило бы, а не продвигало, технический прогресс. Это, в частности, является проблемой, характерной для биотехнологий. Например, принятое в производство Верховным судом США дело Ассоциация молекулярной патологии против компании Myriad Genetics, Inc (Association for Molecular Pathology против Myriad Genetics, Inc)³² должно дать ответ на вопрос, является ли модифицированная ДНК, которую можно использовать для диагностики заболеваний и развития клинической медицины, частью природы или изменена настолько, что заслуживает правовой охраны. Аналогичным образом, суды отказывали в выдаче патентов на простые диагностические процедуры, мало чем отличающиеся от соотношения двух явлений природы.³³ Такой подход делает информацию, необходимую для проведения исследований, развивающих представление людей о человеческом теле, более доступной для исследователей. У этого исключения есть и побочный эффект, поскольку улучшается доступ пациента к крайне важной информации о состоянии здоровья.

Исключение возможности патентования абстрактных идей, научных теорий, интеллектуальных действий и компьютерных программ можно объяснить аналогичным образом. Кроме того, их правовая охрана может быть невозможна в силу сложности составления формулы изобретения и эффективного описания объема притязаний. Программное обеспечение, например, допускает патентование в Соединенных Штатах Америки. Несмотря на то, что ЕПК исключает возможность его патентования, многие изобретения в этой области можно запатентовать в Европе при

27 Уильям Д. Нордхаус (William D Nordhaus), Изобретение, рост и благосостояние: теоретическое исследование технического прогресса (Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change) (Эм-Ай-Ти Пресс 1969. (MIT Press. 1969).

28 См., например, дело Diamond v Chakrabarty // Сб. судебных решений США. Т. 447. С. 303 (1980) (защита патента на искусственный микроорганизм). См. разд. 35 Свода законов США, § 101.

29 См., например, дело Harvard College v Canada, [2002] // Сб. судебных решений S.Ct.R. Т. 4. С. 45.

30 Конвенция о выдаче европейских патентов, 5 октября 1973, I.L.M. Т. 13. С. 270 // Сб. международных договоров ООН (U.N.T.S.). Т. 1065. С. 199 (в редакции от 29 ноября 2000 г.), ст. 52-53.

31 Директива парламента и совета ЕС 98/44/ЕС от 6 июля 1998 г. по правовой защите изобретений в области биотехнологии [1998]. // Официальный журнал ЕС (OJ) L213.

32 Сборник решений Федеральных апелляционных судов F. Т. 653. Сер. 3. С. 1329 (Суд по фед. округу), дело истребовано вышестоящим судом. Сборник судебных решений S.Ct. Т. 132. С. 1994 (2012).

33 Дело Mayo Collaborative Services v Prometheus Laboratories // Сб. судебных решений S.Ct. Т. 132. С. 1289 (2012).

умелом составлении описания изобретения. Однако современные войны на рынке телефонов сотовой связи показывают, что патенты на программное обеспечение зачастую могут иметь слишком широкие или расплывчатые границы действия, вызывая перекрытие прав и, порождая патентные споры. В частности, когда продукты включают много нововведений, обеспечить свободу распоряжения ими становится крайне сложно. Неопределенные права часто привлекают патентных «троллей» — патентовладельцев, не реализующих патенты на практике (также называемых патентными вымогателями), которые покупают такие патенты и затем предъявляют претензии по ним к успешным коммерческим игрокам. В таких условиях Ричард Поснер (Richard Posner), известный американский юрист, высказал предположение о недопустимости патентования в некоторых областях.³⁴ Так по его мнению следовало бы разрешить патенты в таких областях, как фармацевтические препараты, где высоки первоначальные затраты (на разработку новых молекул и проведение клинических испытаний), и изобретение допускает четкую формулировку (молекулы, например, можно легко описать). Не следовало бы, по его мнению, выдавать патенты на программное обеспечение (или в более широком смысле на различные аспекты **индустрии информационных технологий (ИТ)**), где все эти факторы отсутствуют. Важно отметить, что Соглашение ТРИПС содержит требование охраны авторского права для программного обеспечения (ст. 10); но в нем не упоминаются патенты на программное обеспечение.

Озабоченность в отношении патентов в индустрии ИТ обусловлена еще двумя проблемами. Во-первых, поиски существующей литературы по программному обеспечению могут быть сложными. В отличие от областей, в которых библиотечный поиск отнимает намного меньше сил и времени, чем само изобретение, программисты часто пишут собственные программы, а не определяют, существуют ли наработки, которые можно использовать. В результате независимые изобретатели могут неожиданно подвергнуться иску, связанному с нарушениями патентного права. Во-вторых, поскольку первоначальные затраты на разработку программного обеспечения минимальны, зачастую для обеспечения прогресса в этой области достаточно средств поощрения, не связанных с патентами. Системы Linux, например, поддерживаются людьми, которые занимаются программированием из чистого энтузиазма, а также компанией IBM, которой выгодно иметь бесплатную платформу для использования своего проприетарного программного обеспечения. Многие из сказанного применимо и к методам ведения бизнеса. В бизнесе развиваются новые методы для собственных

внутренних целей, и зачастую они хранятся в секрете, что затрудняет поиски литературы перед изобретением заново. Патенты на методы ведения бизнеса исключены из ЕПК отдельной строкой. Хотя их патентование в Соединенных Штатах Америки возможно, Верховный суд отклонил ряд патентов на хеджирование обязательств как слишком абстрактные для того, чтобы считаться патентоспособным объектом изобретения.³⁵ Ожидается, что после этого дела, число случаев патентования методов ведения бизнеса значительно сократится. Поскольку можно предположить, что методы ведения бизнеса не являются «промышленно применимыми», патенты в этой области, по-видимому, не отвечают требованиям Соглашения ТРИПС.

В силу аналогичных причин в Соединенных Штатах Америки абсолютное большинство баз данных не охраняется правами интеллектуальной собственности. Они не относятся к патентоспособным объектам, т.к. не считаются техническими изобретениями. В то время как креативные решения или мероприятия допускают охрану авторским правом, данные (включая научные данные) не имеют охраны как таковые, поскольку рассматриваются как факты и выпадают из сферы применения охраны авторского права. Однако в индустрии баз данных не утрачиваются стимулы для составления баз данных. Зачастую базы создаются для внутренних целей. Например, база данных, фигурировавшая в деле Feist Publications, Inc. против Rural Telephone Service Co, Inc.,³⁶ представляла собой телефонную книгу, в которой содержался составленный истцом в алфавитном порядке список имен, адресов и номеров его подписчиков; истец опубликовал эту книгу, поскольку это требовалось законом; база данных в деле British Horseracing Board против William Hill³⁷ представляла собой обобщение информации о лошадиных скачках, составленное истцом. Аналогичным образом, одно время фармацевтические компании спонсировали бесплатные базы данных ДНК, поскольку развитие клинической медицины на основе информации дает фирмам сравнительное преимущество; они не хотели делить прибыли от последующих инноваций с правообладателями патентов в области ДНК, которые лежали в основе. В случае других баз данных договорные соглашения между составителем и подписчиками обеспечивают достаточные денежные выплаты для поддержания работы по составлению базы. На сегодняшний день эти договоры полностью обеспечены правовой санкцией. В отличие от ситуации в Соединенных Штатах Америки в ЕС базы данных охраняются правом особого рода *sui generis*.³⁸ Однако предварительная оценка последствий директивы о базах данных ставит под серьезное сомнение

34 Ричард Поснер (Richard Posner). «Почему в Америке так много патентов?» (Why There are Too Many Patents in America), веб-сайт журнала The Atlantic (12 июля 2012 г.) <<http://www.theatlantic.com/business/archive/2012/07/why-there-are-too-many-patents-in-america/259725/>> (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.).

35 Дело *Bilski v Kappos* // Сб. судебных решений S.Ct. Т. 130. С. 3218 (2010).

36 Сборник судебных решений США. Т. 499. С. 340 (1991).

37 С-203/02 (Европейский суд, 9 ноября 2004 г.).

38 Директива парламента и совета ЕС 96/9/ЕС от 11 марта 1996 г. о правовой защите баз данных [1996] // Официальный журнал ЕС (ОJ) L077/20.

ее эффективность как средства стимулирования промышленного роста.³⁹

И наконец, некоторые исключения патентоспособности связаны с вопросами морали и общественного порядка. В Соединенных Штатах Америки функция определения аморальности нововведений оставлена закрепленной за другими контролирующими органами (за исключением запрета законодательством США патентов, объектом которых является человек). Как было отмечено, ЕПК содержит исключение, связанное с моралью, которое уже применялось для предотвращения патентования стволовых клеток и материала, произведенного из клетки, который мог привести к зачатию человека.⁴⁰ Остается выяснить, приведет ли это ограничение к запрету исследований в ЕС. Кроме того, многие страны исключают из патентоспособных объектов растения, поскольку они имеют отношение к способности страны обеспечить охрану питания. Однако в Соединенных Штатах Америки нет такого исключения, а в Соглашении ТРИПС указано, что каждая страна должна обеспечить, по крайней мере, защиту *sui generis* для растений. Многие пользуются для этого Международной конвенцией по охране новых сортов растений,⁴¹ которая охраняет интересы фермеров и селекционеров, разрешая фермерам хранить семена от одного посевного сезона до другого, а селекционерам использовать охраняемые семена для исследований. (Общее обсуждение механизмов освобождения от ответственности за нарушение прав интеллектуальной собственности приводится ниже).

2. Новизна

В большинстве патентных систем для отказа в выдаче патента ввиду отсутствия новизны требуется, чтобы каждый элемент заявленного изобретения присутствовал в прототипе (в США это называется правилом всех элементов).⁴² Несмотря на всю важность этого требования, — например, оно препятствует патентованию природных явлений, законов природы и уже существующих продуктов, для которых найдено новое применение, — это требование является очень жестким. Поэтому оно мало подходит для установления различий между технологиями.

Единственным исключением является фармакология. В ходе недавнего исследования фармацевтического

сектора Европейская комиссия обнаружила, что фирмы-изобретатели придумали стратегию «вечного» обновления патентов для предотвращения замены их препаратов дженериками после истечения срока действия патента.⁴³ Одно время действовала общая схема, по которой патентовалось лекарство, а, когда приближался срок окончания действия патента, патентовался его метаболит. После истечения срока действия патента никто не мог принять лекарство без возникновения (в конечном итоге) метаболита и нарушения патента. В Соединенных Штатах Америки этой практике был положен конец путем признания метаболита «неотъемлемо присущим» исходному лекарственному препарату и лишенным признака новизны.⁴⁴ (Другие механизмы борьбы со схемами «вечного» обновления патентов обсуждаются в следующем разделе.)

3. Неочевидность (изобретательский уровень)

Требование неочевидности подразумевает, что изобретение должно превосходить знания и понимание среднего специалиста в данной области (в Соединенных Штатах Америки для такого специалиста принята аббревиатура PHOSITA). Например, в Соединенных Штатах Америки рассмотрение заявки начинается с нахождения всех предшествующих прототипов, имеющих отношение к изобретению, определения разрыва между прототипом и заявленным изобретением, определения уровня знаний в данной области и затем нахождения ответа на вопрос, способен ли средний специалист заполнить этот разрыв.⁴⁵

Требование неочевидности является, возможно, наиболее мощным инструментом разработки законов, отвечающих национальным нуждам и требованиям в конкретных технических областях. Во-первых, поскольку каждая техническая область имеет свой отличный (и изменяющийся) уровень знаний, требование неочевидности автоматически регулирует возможность предоставления правовой охраны в зависимости от зрелости технической отрасли. Например, когда биотехнология делала свои первые шаги, уровень знаний в этой области считался весьма низким. В то время определение последовательности ДНК было сложной задачей, и не составляло труда доказать, что изолированная ДНК отвечала условию неочевидности.⁴⁶ Сейчас, когда даже учащийся средней школы может

39 Комиссия европейских сообществ. Первая оценка Директивы 96/9/ЕС о правовой защите баз данных (Брюссель, 12 декабря 2005 г.) <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf> (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.).

40 Дело C-34/10 *Brüstle v Greenpeace eV*, решение суда от 18 октября 2011 г. (еще не опубликовано).

41 Международная конвенция по охране новых сортов растений (International Convention of the Protection of New Varieties of Plants), Германия-Нидерланды-Англия, 2 декабря 1961 г. // Сб. международных договоров ООН (U.N.T.S.). Т. 815. С. 89 (с учетом пересмотров 10 ноября 1972 г., 23 октября 1978 г. и 19 марта 1991 г.).

42 Свод законов США, разд. 35, § 102.

43 Европейская комиссия, Генеральный директорат по вопросам конкуренции, Опрос фармацевтического сектора: окончательный отчет (8 июля 2009 г.), <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf> (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.)

44 Дело *Schering Corp. v Geneva, Inc.* // Сб. решений федеральных апелляционных судов F. T. 339. Сер. 3. С. 1373 (Суд по фед. округу 2003).

45 Свод законов США, разд. 35, § 103.

46 См., например, дело *In re Deuel* // Сб. решений федеральных апелляционных судов F. T. 51. Сер. 3. С. 1552 (Суд по фед. округу 1995).

определить последовательность ДНК, изолированная ДНК считается очевидной.⁴⁷ Таким образом, требование неочевидности стимулирует развитие новых технологий, поскольку позволяет легко получать патенты, когда уровень знаний в области низкий. По мере развития отрасли уровень знаний в ней растет, что означает необходимость проявления большей изобретательности для того, чтобы заслужить правовую охрану. А это, в свою очередь, означает, что после достижения этого этапа система патентования поощряет «движение скачками», инвестирование в изобретения существенно более сложные, чем те, что имели место до этого. Во-вторых, неочевидность зависит от того, насколько предсказуемым является то, что конкретный эксперимент будет успешным. Например, изобретения в области механики обычно считаются более предсказуемыми (и, следовательно, очевидными), чем изобретения в области биотехнологии. Таким образом, неочевидность автоматически регулирует патентоспособность в соответствии со зрелостью соответствующей области науки и степенью риска, который несут изобретатели и инвесторы.

Поскольку в Соглашении ТРИПС отсутствует определение термина «изобретательский уровень», требование неочевидности позволяет странам корректировать свои законы в зависимости от уровня своего научно-технического развития. Апелляционный суд США по федеральному округу, суд, в котором слушаются все апелляции по патентным спорам, одно время установил очень низкий уровень неочевидности. В результате возникли скопления патентов с перекрывающимися правами (*patent thickets*), и стало все более сложно определять патентную чистоту. В деле *KSR против Teleflex Inc.*,⁴⁸ Верховный суд повысил планку, указав, что «средний специалист» (*PHOSITA*) не является роботом и способен на креативный подход, такой, как применение изобретения, изобретенного для одной цели, для другой цели. Кроме того, суд постановил, что рыночный спрос должен считаться стимулирующим фактором для изобретения. Изменение подхода к патентованию ДНК стало прямым результатом этого решения. В более общем смысле требование неочевидности может быть использовано для улучшения патентования кумулятивно развивающихся технологий: более высокий изобретательский уровень будет делать незначительные усовершенствования непатентоспособными и не допускать образования скоплений патентов с перекрывающимися правами, которые иначе могли бы возникнуть. Так, Берк (*Burk*) и Лемли (*Lemley*) высказывают предположение, что проблемы в области индустрии ИТ можно было бы уменьшить, если заменить «среднего специалиста» (*PHOSITA*) специалистом высокой квалификации. Количество выдаваемых патентов в этом случае уменьшилось бы.

Развивающиеся страны также могут использовать этот подход: когда местная промышленность неразвита, можно устанавливать очень низкий изобретательский уровень с тем, чтобы даже низкоквалифицированные специалисты могли получать патенты. Наличие правовой охраны, по-видимому, придало бы местной промышленности серьезные стимулы для инноваций. С другой стороны, можно установить очень высокий изобретательский уровень для того, чтобы незначительные усовершенствования существующих технологий оставались доступными. Например, в некоторых местах холодильная техника в дефиците, и для населения важно иметь доступ к формам фармацевтических препаратов, устойчивым при температуре окружающей среды. Если признать такие незначительные усовершенствования невыходящими за пределы компетенции среднего специалиста, то это позволит разрабатывать подобные формы лекарственных средств, не иницируя новый срок действия патентной защиты.

Как показывает предыдущий пример, условие неочевидности можно использовать также для борьбы с проблемой постоянного обновления патентов в фармацевтической промышленности. Еще один механизм продления срока действия патентов состоит в том, чтобы найти новое применение старым фармацевтическим препаратам. Получить патент на новый продукт нельзя в силу того, что он утратил новизну, но для разработчика еще остается возможность получить патент на способ использования (старого) лекарства с новой целью. «Виагра», например, была изначально изобретена для лечения ангины, но патент на ее использование для лечения эректильной дисфункции остался доступным. Подобным же образом можно изменить форму существующего лекарства, — смесь изомеров может быть разделена, и активный изомер может быть признан новой молекулой; солевая форма данного лекарства может быть изменена. В соответствии с законодательством США и ЕПК, такие изменения, как правило, будут признаны патентоспособными. Производители дженериков могут выпустить на рынок старый фармацевтический препарат, когда срок действия патента на этот препарат истечет, но за счет эффективного использования рекламы владелец патента может убедить врачей переключиться на более новый состав и тем самым продлить период эффективного действия исключительного права на продажу.

Для борьбы с этой проблемой в индийском патентном законодательстве введено требование высокого уровня изобретательности. Новое применение известного вещества не патентуется; новое применение известного процесса не патентуется, кроме случаев, когда при этом требуется новое реагирующее вещество, или в результате получается новый продукт; изменение формы не патентуется, кроме случаев, когда это приводит к усилению эффективности действия.⁴⁹ Исходя из

⁴⁷ Дело *In re Kubin* // Сб. решений федеральных апелляционных судов F. Т. 561. Сер. 3. С. 1351 (Суд по фед. округу 2009).

⁴⁸ Сборник судебных решений США. Т. 550. С. 398 (2007).

⁴⁹ Закон о патентах Индии, § 3(d).

этого положения, индийские суды отказали в выдаче патента на препарат Гливек (Gleevec), используемый для лечения лейкемии. Отказ в правовой охране делает препарат Гливек доступным для населения в Индии и других странах с аналогичным законодательством (или странах, где этот препарат незапатентован), а возможность производить его увеличивает прибыли сильного индийского сектора производства лекарств - дженериков. Остается выяснить, будет ли признано жесткое индийское определение изобретательского уровня непротиворечащим Соглашению ТРИПС.

4. Полезность

(промышленная применимость)

Как отмечалось выше, в силу условия промышленной применимости, некоторые страны отклоняют патенты на природные явления, законы природы, интеллектуальные действия, научные теории, компьютерные программы, а также методы ведения бизнеса, лечения и диагностики.⁵⁰ Это условие также можно использовать для контроля сроков патентования. Показательный пример вновь будет взят из области биотехнологии. В прежние годы делались попытки патентования маркерных экспрессируемых последовательностей (EST), изолированных участков последовательностей ДНК. Такие патенты могли создать скопления патентов с правами на отдельные гены, принадлежащими сразу нескольким владельцам патентов. Патентное ведомство США (ПТО) устранило эту проблему путем выпуска Методических указаний по проверке полезности, обязывающих владельцев патентов раскрывать «конкретную, существенную и заслуживающую доверия полезность» заявленной геновой композиции.⁵¹ В результате объем работы, необходимой для патентования этих изобретений, значительно возрос. В конечном итоге только последовательности, допускающие связь с конкретными физическими проявлениями, стали рассматриваться как отвечающие условию полезности. Таким образом, удалось избежать процесса, который привел бы к аннулированию патентов и образованию скоплений патентов с перекрывающимися правами.

5. Раскрытие (описание) изобретения и его формула

Требование раскрытия изобретения подразумевает, что владелец патента должен обеспечить для среднего специалиста в данной области возможность реализовать и использовать запатентованное изобретение. В Соединенных Штатах раскрытие изобретения также должно содержать письменное описание изобретения.⁵²

Все патенты должны содержать формулу, которая определяет границы изобретения, на которое должен быть получен патент; формула изобретения не должна превышать объема раскрытия. Поскольку и в этих требованиях в качестве некоего критерия используется понятие среднего специалиста (PHOSITA), они открывают широкие возможности для адаптации под нужные цели. Страны, еще не достигшие передовых рубежей технического развития и не реализовавшие свой потенциал освоения, могут нуждаться в более подробном раскрытии изобретений, чем это требуется для стран с более высокими техническими специалистами. Аналогичным образом, эти требования допускают адаптацию к конкретным техническим областям.

Биотехнология может служить наглядным примером. Как уже отмечалось, одной из проблем, связанных с более ранними изобретениями в области биотехнологии (такими как изолированная ДНК), является то, что границы патентов широки настолько, что препятствуют прогрессу. В Соединенных Штатах Америки Апелляционный суд по федеральному округу попытался решить эту проблему путем ужесточения требований к раскрытию. Например, компания, которая определила последовательность ДНК, отвечающую за выработку инсулина у крыс, также заявила право на последовательность ДНК, отвечающую за выработку инсулина у человека (было известно, что ДНК крысы и человека очень тесно связаны). Патент раскрывал последовательность для крысы, но человеческая последовательность была еще не определена. Апелляционный суд по федеральному округу вынес решение, признающее патент на человеческую последовательность недействительным, ввиду того, что патент содержал только письменное описание последовательности для крысы.⁵³ В результате границы патента были значительно сужены; фактически человеческая последовательность вообще не могла быть запатентована, если она очевидна для среднего специалиста (PHOSITA), исходя из последовательности для крысы. Аналогичным образом Суд по федеральному округу отказал в выдаче патента на продукты, способные снизить активность фактора NF-κB, на том основании, что патент описывает то, как обнаружить эти продукты, но не содержит письменного описания самих продуктов.⁵⁴ Отказывая в выдаче патента такого рода, суд избавил изобретателей новых методов исследований от «сквозных притязаний» патента на процесс и от необходимости приобретения прав на продукты, обнаруженные в результате использования этого процесса. Результат, говоря коротко, сводится к уменьшению возможностей для патентов в области биотехнологии тормозить конкурентные разработки последующих продуктов.

⁵³ Дело *Regents of the University of California v Eli Lilly and Co.* // Сб. решений федеральных апелляционных судов Ф. Т. 119. Сер. 3. С. 1559 (Суд по фед. округу 1997).

⁵⁴ Дело *Ariad Pharmaceuticals, Inc. v Eli Lilly and Co.* // Сб. решений Федеральных апелляционных судов Ф. Т. 598. Сер. 3. С. 1336, 1341 (Суд по фед. округу 2010) (с полным составом суда).

⁵⁰ См., например, Свод законов США, разд. 35, § 101.

⁵¹ Федеральный регистр (Fed. Reg.). Т. 66. С. 1092–10, 99 (5 января 2001 г.)

⁵² Свод законов США, разд. 35, §112.

Следует отметить, что между условиями раскрытия изобретения и неочевидности существует определенное противоречие. Как правило, уровень среднего специалиста (PHOSITA) считается одинаковым для обоих этих условий. В такой ситуации, чем сложнее получить охрану патентных прав (поскольку средний специалист признается высококвалифицированным), тем меньшее раскрытие требуется (поскольку средний специалист способен легко реализовать изобретение). Согласно Берку (Burk) и Лемли (Lemley) это является частью проблемы в области программного обеспечения. Программистов принято считать квалифицированными специалистами; программы могут быть раскрыты и заявлены в самых общих словах. Фактически коды и алгоритмы зачастую не нужны, т.к., если патент раскрывает функциональность, изобретение должно работать.⁵⁵ Но такие общие положения являются одной из причин того, почему объем притязаний патентов на программное обеспечение является столь неопределенным. Возможно, было бы лучше исходить из того, что средний специалист (PHOSITA) неквалифицирован и нуждается в большем объеме информации. Это сделало бы раскрытие изобретений более подробным — за счет включения алгоритма или кода — и тем самым более узким. Кроме того, это упростило бы выявление случаев нарушения пунктов формулы изобретения, к которой прилагается столь детальное описание. Менее квалифицированный средний специалист, однако, выхолащивает требование неочевидности, т.к. для получения правовой охраны требуется меньше изобретательности, что ведет к увеличению числа патентов и скоплениям патентов с взаимным нарушением прав. Наилучшим подходом было бы, хотя на сегодняшний день ни одна страна не пришла к этому, установить различный уровень квалификации среднего специалиста для этих требований. Исходя из соображения, что изобретателями могут становиться только люди с определенной степенью креативности, было бы целесообразно установить для лиц, претендующих на изобретение, высокий уровень квалификации такой, как уровень, описанный в деле KSR. В результате для того, чтобы заслужить правовую охрану, потребуется проявить большую изобретательность. Напротив, лица, обращающиеся к патентам для получения знаний или определения патентной чистоты, скорее всего не являются изобретателями, — они всего лишь последователи. Соответственно для них было бы целесообразно признать наличие более низкой квалификации, что требует более детального раскрытия изобретения.

РЕЗЮМЕ. Определения условий действительности патентов можно использовать для решения проблемных вопросов патентной системы. Так многие страны придумали принципы, цель которых состоит в том, чтобы изобретения исключительной социальной важности не подлежали патентованию. Однако требование к объекту

изобретения - это тупой инструмент, поскольку решение, исключаящее правовую охрану в определенной области, делает невозможным использование патентов для стимулирования инноваций. Например, это могло бы стать сложной проблемой для сектора биотехнологии. Если исключить ДНК как объект для патентования, то это освободит ДНК от правовой охраны в целях исследований и диагностики, но также будет означать отсутствие охраны патентов на природные продукты на основе ДНК, используемые для лечения, что может препятствовать реализации обязательств инновационного развития в области здравоохранения.

В некоторых областях — базы данных, растения — эта проблема решается через режимы защиты особо рода (*sui generis*), которые лучше подходят для нужд промышленности. Однако распространение таких режимов также может быть проблематичным. Это привнесет неопределенность в законодательство об инновациях и потребует новых международных переговоров. Поэтому справляться с этими проблемами следует по возможности через использование других положений патентного законодательства. В Соединенных Штатах Америки, благодаря грамотному использованию условий полезности и неочевидности, существенно сузились границы патентов в области биотехнологии, и уменьшилось количество этих патентов. Сектор IT также мог бы выиграть от такого грамотного подхода. В других странах, таких, как Индия, экспериментируют с использованием требования неочевидности для других целей, например, для борьбы с «вечно» обновляемыми патентами в фармацевтической промышленности и улучшения доступности лекарственных препаратов для населения.

Все же эти положения определенно разрешают выдачу некоторых патентов, включая патенты с очень широкими границами. Однако существуют нормы, которые применяются после выдачи патентов и также могут быть использованы в качестве политических рычагов.

В. Нарушение прав

В отношении нарушения прав имеют место два основных вопроса: интерпретация притязаний (т.е. определение границ действия патента) и вынесение решения о том, кого следует считать нарушителем.⁵⁶

1. Интерпретация притязаний

В Соединенных Штатах Америки применяются два основных способа интерпретации заявленных притязаний: буквальная интерпретация и использование доктрины эквивалентов (имеется еще одна, третья, идея, которая также упоминается ниже). В случае Европы ЕПК номинально охватывает только вопросы,

⁵⁵ Дело *Fonar Corp. v Gen. Elec. Co.* // Сб. решений федеральных апелляционных судов F. T. 107. Сер. 3. С. 1343 (Суд по фед. округу 1997).

⁵⁶ См., например, Свод законов США, разд. 35, § 271.

регулируемые Европейским патентным ведомством (ЕРС), т.е. действительность патентов. «Европейский патент» включает пакет национальных патентов, и его принудительное осуществление происходит через национальные суды, руководствующиеся местным законодательством (до тех пор, пока не введен патент Сообщества или унитарный патент). Но поскольку стратегия притязаний сильно зависит от того, как интерпретируются притязания, ЕПК содержит Протокол об интерпретации статьи 69 (эта статья регламентирует объем охраны). Протокол включает предупреждение о том, что интерпретация должна выходить за рамки «буквального значения выражений, используемых в формуле». Она должна осуществляться таким образом, чтобы «комбинировать благоприятную защиту для патентообладателя с благоразумной степенью определенности для третьих лиц». Протокол также содержит положение о том, что «необходимо уделять должное внимание любому признаку, который эквивалентен признаку, указанному в формуле». На практике это означает, что в Европе патенты интерпретируются в один этап, тогда как в США патенты интерпретируются в два этапа, но обе системы достигают приблизительно одинаковых результатов по одинаковым причинам. Для пояснения ниже рассматривается подход, принятый в США.

а. Буквальное нарушение прав. Буквальное нарушение прав определяется путем сравнения каждого признака продукта, квалифицируемого как нарушение патента, с признаками, содержащимися в формуле патента (другое правило «всех элементов»). В Соединенных Штатах Америки формулы могут составляться в формате «средства плюс функция», т.е. отдельные признаки могут быть заявлены путем связывания базовой структуры с ее функцией. Теоретически это значительно расширяет притязания; на практике Апелляционный суд по федеральному округу, который предпочитает сужать широту притязаний, проводит сравнение по каждому признаку отдельно, выясняя, является ли признак в продукте-нарушителе эквивалентом части описания, раскрывающего заявленный признак в формате «средства плюс функция». (Это является принципом буквального нарушения прав, несмотря на наличие слова «эквивалент»).

Поскольку при выяснении буквального нарушения прав используется такой же принцип «всех элементов», как при выяснении соблюдения требования новизны, это — как и для новизны — является строгой проверкой, не оставляющей много места для приспособления под конкретные нужды. Единственное исключение возможно связано с сектором биотехнологии. В деле *Monsanto Technology LLC против Cefetra BV* Европейский суд сделал различие между молекулами ДНК, выполняющими функцию, для которой они запатентованы (в данном случае речь идет о стойкости к гербициду Roundup), и молекулами, которые прекратили выполнять эту функцию (в данном случае, потому что они были обнаружены в

соевой муке, используемой как корм для скота).⁵⁷ Только предшествующие варианты осуществления изобретений могут считаться нарушающими право. Немецкое патентное законодательство своеобразно трактует этот подход. Границы патентов на гены лимитируются раскрытой полезностью.⁵⁸ При таком подходе патенты на ДНК оказываются нарушены в случае использования при исследованиях (для определения их функции в наследственности) или лечении (для команды телу пациента стимулировать или подавлять определенные функции), но они не нарушаются при использовании для диагностики. Контроль над диагностикой может препятствовать доступу к медицинской информации (в деле *Myriad*, например, патентообладатель владеет патентными правами на гены, связанные с юношеским раком груди и не разрешает осуществлять независимое дублирующее исследование или контроль качества). Такой подход к буквальному нарушению прав позволяет обеспечить охрану важных социальных нужд, не принося в жертву те стимулы, которые патенты приносят в развитие новых способов лечения. Однако такой подход не может улучшить ситуацию с исходными фундаментальными исследованиями, где гены используются именно в исследовательских целях. Кроме того, еще не установлено, насколько этот подход соответствует Соглашению ТРИПС.

б. Нарушение прав согласно доктрине эквивалентов (DOE). Использование в системах патентования принципа небуквального нарушения прав связано с тем, что без такого принципа во многих случаях можно с исключительной легкостью избежать обвинения в нарушении патентных прав. При этом извлекая положительный практический эффект из изобретения: подражателю необходимо было бы лишь внести изменения в один признак, чтобы продукт-нарушитель смог успешно пройти экспертизу на основе принципа «всех элементов».

В Соединенных Штатах Америки факт нарушения прав при помощи доктрины DOE устанавливается, грубо говоря, используя подход «функция-способ-результат». В соответствии с решением Верховного суда «владелец патента может обращаться к этой доктрине для возбуждения дела против производителя устройства, если оно выполняет в значительной степени ту же функцию для достижения того же результата в значительной степени тем же способом».⁵⁹ При проведении анализа критерием служит средний специалист (PHOSITA). Выполняется сравнение по каждому признаку отдельно; в случае нахождения признака, отличающегося от

⁵⁷ Дело C-428/08, *Monsanto Technology LLC v Cefetra BV and Others* [2010] ECR I-6765 (Европейский суд, 9 марта 2010 г.).

⁵⁸ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen [Закон во исполнение Директивы о правовой охране биотехнологических изобретений], 21 января 2005 г., Вестник федерального законодательства (BGBl). Ч. I. С. 146, §1a (4) (F.R.G.). Патентный закон (PatG). § 1a(4). Франция одобрила аналогичный подход; см. Закон об интеллектуальной собственности (Code de la Propriété Intellectuelle Art). L613-2-1.

⁵⁹ Дело *Graver Tank & Mfg. Co. v Linde Air Products Co.* // Сб. судебных решений США. Т. 339. С. 605, 608 (1950).

имеющихся в формуле изобретения и описании, суд ставит вопрос, способен ли средний специалист в данной области сделать такое изменение. Если такая возможность очевидна, это рассматривается как нечто, чего подражатель не должен был делать; если такая возможность неочевидна, он избегает ответственности по иску о нарушении прав. Имеется два основания для прекращения судебного разбирательства: владелец патента не может преследовать при помощи доктрины DOE нововведения, которые считались не новыми или очевидными на дату получения патента. Кроме этого, владелец патента не может преследовать изобретения, от прав на которые отказались в ходе разбирательства («отсутствие у заявителя права приводить доводы, противоречащие его прежним заявлениям, сделанным в ходе рассмотрения заявления»⁶⁰).

Следует отметить, что хотя эта проверка выглядит во многом похожей на проверку неочевидности, она предусматривает в соответствии с законодательством США временной сдвиг. При проверке неочевидности возможности среднего специалиста оцениваются на момент изобретения (или подачи заявки); в данном же случае они оцениваются на момент нарушения прав. Таким образом, разработанные в более позднее время технологии могут быть признаны очевидной новацией.

В связи с использованием в качестве критерия среднего специалиста доктрина эквивалентов может быть мощным инструментом для приспособления под соответствующие нужды. Экономисты, однако, расходятся во мнениях относительно того, как (и следует ли вообще) это делать. Традиционно доктрина используется для защиты пионерских изобретений, т.е. изобретений, которые открывают новую область. Предполагается, что открытие новой области требует очень большого стимулирования, и обеспечить это можно путем расширения границ действия патента. Действительно, доктрина эквивалентов, по-видимому, особенно важна для пионеров, поскольку первая версия новой технологии редко бывает настолько практичной, чтобы иметь коммерческий успех. Если при интерпретации границ действия патента исключить улучшения, пионер может вообще не получить никакой прибыли. Кроме того, некоторые сравнивают патенты с заявками на старательский участок и полагают, что они наделяют одну из сторон правом «дирижировать» эффективной разработкой «перспективных участков», открытых самым первым изобретением.⁶¹ Для того, чтобы старательские заявки работали, они должны предоставлять широкую защиту пионерам. В конечном итоге, широкая защита поощряет следующее поколение «сделать скачок» и обеспечивает более быстрое техническое развитие.

Однако недавно экономисты поставили под сомнение эту логику. Если, как предполагается, самые первые патенты в отдельной области требуют значительного развития, можно с большой долей уверенности утверждать, что это развитие лучше всего будет происходить на конкурентной основе. Наделение доктрины эквивалентов широкими полномочиями сродни патентованию вклада первоначальных исследований: контроль со стороны владельца патента скорее вредит, чем помогает прогрессу.⁶² Таким образом, некоторые экономисты заявляют, что доктрина эквивалентов должна толковаться в очень узком смысле, когда изобретателем является пионер.

Расхождение во мнениях относительно доктрины эквивалентов - это, по сути, спор о перспективности договорных отношений. Те, кто верит в пионерские патенты с широкими границами действия, являются оптимистами договорных отношений, — они полагают, что владелец патента будет широко предоставлять лицензии на право разработки прикладных решений, поскольку конкурентное развитие в его интересах, — владелец патента заработает больше денег в случае увеличения числа и улучшения разработанных прикладных решений. Пессимисты договорных отношений сомневаются в том, что владельцы патентов всегда будут действовать рационально. Им может не хватать информации для оценки потенциальных лицензиатов, и они могут, либо отказываться в выдаче лицензии, либо делать это неэффективным образом; они могут опасаться того, что новые изобретения поглотят их собственный продукт или процесс; они могут иметь излишне оптимистичный взгляд на ценность своего вклада. В некоторых случаях (например, когда речь идет об университетском лицензировании), лицензиар и лицензиат могут иметь очень разные цели, и это может усложнить нахождение взаимоприемлемого соглашения. Поэтому пессимисты договорных отношений полагают, что права обладателей пионерских патентов следует ограничить таким образом, чтобы общество могло свободно осуществлять дальнейшее развитие пионерских начинаний.

Доктрина эквивалентов может быть изменена для решения упоминавшейся выше проблемы, связанной с индустрией ИТ и методами ведения бизнеса. Как уже отмечалось, в обеих этих областях преобладают - и зачастую оказываются более эффективными - независимые изобретения, вместо поисков решений проблем в достижениях прошлого. В связи с этим независимые изобретатели часто оказываются втянутыми в судебные разбирательства, когда какой-нибудь владелец патента предъявляет патент, о котором более поздний изобретатель не знал и ничего из него не почерпнул. Апелляционный суд по федеральному округу выдвинул предположение, что в таких случаях доктрину эквивалентов применять не следует. Эта доктрина в своей основе опирается на право справедливости, и поэтому суд имеет свободу действий в отношении

60 См. дело Festo Corp. v Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co., Ltd. // Сб. судебных решений США. Т. 535. С. 722 (2002).

61 Китч (Kitch) (см. сноску 7).

62 Мерджес (Merges) и Нельсон (Nelson) (см. сноску 14).

того, следует ли находить нарушение прав. Кроме того, независимые изобретатели несут расходы, аналогичные затратам изобретателя-пионера, и таким образом, не могут подорвать его рынок за счет более низких цен. Верховный суд, однако, пока что отверг такие выводы: прямое нарушение патентного права - это правонарушение, предусматривающее привлечение к строгой ответственности. С учетом принципа технической нейтральности Соглашения ТРИПС государству-члену ВТО, одобрявшему такой подход, вероятно, придется распространить его на все области техники. Однако свое наиболее важное применение он, по-видимому, найдет в этих секторах.

с. Обратная доктрина эквивалентов. Как было отмечено во вступлении к этому разделу, существует только два способа интерпретации заявленных притязаний. Однако Верховный суд США также высказал мнение, что «в случаях, когда устройство принципиально настолько отличается от запатентованного изделия, что выполняет ту же самую или аналогичную функцию существенно другим способом, но, тем не менее, характеризуется буквальными словами формулы, можно использовать доктрину эквивалентов для ограничения притязаний и отклонения иска владельца патента о нарушении прав».⁶³ В наши дни ни один суд никогда не выносил решения, используя доктрину эквивалентов в противоположных целях. Однако экономисты, придерживающиеся взглядов о необходимости сужения границ патентов, настаивают на том, что доктрина должна вновь обрести силу как способ благоприятствования последующей конкуренции и исключения возможности для патентообладателя приобретения прав в отношении технологии, которую он возможно не изобретал. Биотехнология дает один пример. В одном деле, где Апелляционный суд по федеральному округу сослался на обратную доктрину эквивалентов, владелец патента производил фактор свертывания человеческой крови путем его концентрирования из человеческой плазмы. Обвиняемый нарушитель прав получал его биохимическим способом при помощи рекомбинантного процесса с использованием моноклональных антител. Его способ обеспечивал получение намного более чистого и безопасного продукта. Вопрос состоял в том, нарушил ли новый способ приготовления патент на гормон роста. Апелляционный суд по федеральному округу вернул дело в суд первой инстанции, предположив, что в этом деле возможно применение обратной доктрины эквивалентов.⁶⁴ Однако в конечном итоге решение по делу было вынесено другим путем.

63 Дело *Graver Tank & Mfg. Co. v Linde Air Products Co.* // Сб. судебных решений США. Т. 339. С. 605, 608-609 (1950). См. также: Дело *Westinghouse v Boyden Power Brake Co.*, // Сб. судебных решений США. Т. 170. С. 537 (1898).

64 Дело *Scripps Clinic & Research Foundation v Genentech, Inc.* // Сб. решений федеральных апелляционных судов Ф. Т. 927. Сер. 2. С. 1565, 1580 (Суд по фед. округу 1991).

2. Стороны, участвующие в нарушении прав

Большинство исков о нарушении прав подаются на лиц, непосредственно нарушающих права на практике. Однако можно возбуждать дела против тех, кто помогает и содействует нарушению прав (побудители нарушения прав), и тех, кто вносит вклад в нарушение прав другими лицами, продавая им материал, использование которого по основному назначению приводит к нарушению прав (нарушители-пособники). В обоих случаях необходима определенная степень осведомленности о нарушении прав; ответчики в обоих случаях рассматриваются как нарушители прав. Лица, поставляющие компоненты на зарубежные рынки, зная, что они специально адаптированы для нарушения прав, и лица, импортирующие товары, изготовленные по технологиям, запатентованным в стране импорта, также рассматриваются как нарушители прав. (Следует отметить, что, если в качестве условия предоставления патентной лицензии выдвигается требование, навязывающее определенные товары, это может быть расценено как нарушение закона о защите конкуренции. Этот вопрос рассматривается в разделе о конкуренции).

По большей части эти подходы одинаково работают во всех технических областях. Однако они приобретают особую важность в случае механических изобретений, где для реализации изобретения на практике часто требуется наличие многих составных частей. Положение об импорте особенно важно в секторе биотехнологии, т.к. в противном случае открывается возможность для производства незапатентованных продуктов (таких, как инсулин), используя запатентованный биологический процесс в «информационной гавани» и затем продавая продукт в международном масштабе. Сектор ИТ также весьма заинтересован в таких принципах. В некоторых частях этого сектора возможно разделение нарушения прав между юрисдикциями. Например, сотовые телефоны Blackberry пользуются популярностью в Соединенных Штатах Америки, но серверы управления расположены в Канаде. Поскольку патентное законодательство носит территориальный характер, практическая реализация всех признаков формулы патента должна происходить под одной юрисдикцией. Кроме того, заинтересованность этого сектора связана с возможностью поделенного нарушения прав, — интерактивное программное обеспечение используется более чем одной стороной, и, если каждая сторона, должна использовать каждый признак формулы, тогда ни одна из сторон не несет ответственности за нарушение прав. Во многих юрисдикциях принципы пособничества и склонения к нарушению позволяют судам объявлять нарушителем обе или одну из сторон. (В некоторых случаях ответственность также основывается на принципах выгодного использования или субститутивной ответственности).

РЕЗЮМЕ. Подходы к интерпретации содержат в себе возможности для дифференциации применительно к

различным технологиям. На сегодняшний день, однако, эти возможности в основном использовались для защиты пионерских патентов, и теперь экономисты задают вопрос о том, правилен ли такой подход. Кроме того, многие комментаторы ставят вопрос о приемлемости изменения интерпретации притязаний в зависимости от технической области. Патенты являются публично-правовыми документами; они используются конкурентами для определения свободы своей деятельности. Инвесторы используют их для того, чтобы решить вопрос о целесообразности финансирования изобретателей. Другие фирмы используют их для выявления потенциальных кандидатов на слияние и поглощение. Для этих целей было бы целесообразно, чтобы подход к интерпретации существенно не изменялся при переходе от одной области к другой. Однако при определении того, кто является нарушителем, должен учитываться способ реализации изобретений в различных технических областях.

С. Возможности освобождения от ответственности за нарушение прав

Поскольку экспертиза для определения действительности изобретения и нарушения прав направлена, прежде всего, на рассмотрение изобретения, правовые методы освобождения от ответственности за нарушение прав являются крайне важным инструментом обеспечения баланса между проприетарными интересами владельца патента и заинтересованностью в доступе конкурентов, потребителей запатентованных технологий и государства. Возможности освобождения от ответственности (включая выдачу принудительных лицензий), кроме того, являются наиболее адресным способом решения специальных проблем. Как отмечалось выше, Соглашение ТРИПС допускает исключения прав (ст. 30) и принудительные лицензии (ст. 31) при определенных строго оговоренных условиях, включая обход прав блокирующих патентов (ст. 31 (I)). В деле Канада-Фармацевтические препараты, Группа экспертов ВТО выдвинула требование, согласно которому даже исключения, отвечающие положениям ст. 30, должны быть технически нейтральными (ст. 27.1). Но даже при этих условиях, методы освобождения от ответственности могут быть акцентированно направлены на проблемы, возникающие в отдельно взятых областях. Во-первых, нет ясности в том, что Апелляционный орган при Органе по урегулированию споров ВТО согласен с решением группы экспертов: ст. 30 содержит требование того, чтобы исключения были «ограниченными», а положение, распространяющееся на одну отдельно взятую область, более ограничено, чем технологически нейтральное положение. Во-вторых, Группа экспертов признала, что отдельно взятая область может быть причиной появления специальной проблемы.

Таким образом, Группа экспертов сочла, что положение нельзя рассматривать как дискриминационное, если только оно не ограничивается нарочито одной областью (т.е., если оно будет приносить пользу также в какой-то другой области с аналогичной проблемой).

Обратную доктрину эквивалентов, упоминаемую выше, можно рассматривать как средство защиты от обвинения в нарушении прав. Другие средства освобождения от ответственности включают социально значимое применение, государственное применение и соблюдение интересов преждепользователей. Прерогативы владельцев патентов также могут быть ограничены доктриной исчерпания прав, различными доктринами, связанными со злоупотреблениями (такими, как злоупотребление патентными правами), и законодательством о защите конкуренции. Законодательство в отношении исчерпания прав и защиты конкуренции рассмотрено ниже отдельно.

1. Социально значимое применение

а. Научные исследования. В категории социально значимого применения доминирующим исключением являются научные исследования. Как было отмечено в связи с сектором биотехнологии, патентование первоначальных научных достижений (таких, как изолированная ДНК) может препятствовать прогрессу, снижая возможности конкурентного развития перспективных исследований. Такая опасность может быть устранена через исключение патентоспособности объекта изобретения, но тогда стало бы невозможно использовать патенты для стимулирования инноваций в исключенной области. Компромиссом может быть хорошо продуманное предоставление иммунитета на проведение исследований. Коммерческое использование изобретения охраняется патентом, но исследователи вправе проводить новые перспективные исследования. Так во многих странах признается общее исключение для научного использования, которое в одних странах распространяется на любые исследования, а в других - только на исследования в некоммерческих целях.

Для многих стран инструменты исследования представляют отдельную категорию, поскольку, если бы они подлежали иммунитету, рынок продажи или лицензирования этих инструментов значительно сократился. Так во многих странах различают исследования с привлечением запатентованного изобретения, которые не разрешены, и исследования в отношении запатентованного изобретения (например, для изучения механизма его работы, определения удовлетворения условию полезности, заявленному в патенте, нахождения других областей применения изобретения), которые разрешены.

В Соединенных Штатах Америки распространение защиты от ответственности за нарушение прав на исследования сомнительно, поскольку в деле

Мэдей против Duke University Апелляционный суд по федеральному округу вынес решение, что иммунитет не может распространяться на работы, выполненные как часть коммерческих интересов ответчика.⁶⁵ Таким образом, исследовательские организации — такие как университеты — явно не могут использовать иммунитет на научные исследования. Тем не менее, опросы экономистов свидетельствуют, что ученые-исследователи склонны не обращать внимания на патенты.⁶⁶ Против них редко возбуждаются дела, возможно потому, что они как ответчики финансово несостоятельны, или в силу того, что патентообладателям выгоднее дать им найти новые применения и уже после их разработки подать на них в суд. Однако существует основанная на фактах работа, свидетельствующая, что научные исследования сокращаются, когда патентуются серьезные достижения⁶⁷ и некоторые наблюдатели верят, что давление, направленное на сужение определения патентоспособного объекта изобретения, можно было бы ослабить, если обеспечить доступность научных достижений для целей научных исследований. Многие университеты взяли дело в свои руки и теперь отказываются предоставлять лицензиатам права, чтобы самим контролировать применение университетских исследований (и иногда - все исследования, направленные на оказание помощи бедному населению). В Европе проектом Постановления о патентном регулировании в ЕС, а также национальным патентным законодательством предусматривается исключение для использования в экспериментальном порядке.⁶⁸

65 *Madey v Duke University*. // Сб. решений федеральных апелляционных судов F. T. 307. Сер. 3 С. 1351 (Суд по фед. округу 2002).

66 Уэсли М. Коуэн (Wesley M Cohen) и Джон П. Уолш (John P Walsh). «Право доступа к академическим медико-биологическим исследованиям» (Access—or Not—in Academic Biomedical Research) // Рошель Дрейфусс (Rochelle Dreyfuss) с соавт. «Работа в рамках политики в области интеллектуальной собственности и инноваций в целях развития общества, основанного на знаниях» ("Working within the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Economy") (см. сноску 12). С 3-28. Джон П. Уолш (John P Walsh), Ашиш Арора (Ashish Arora) и Уэсли М. Коуэн (Wesley M Cohen). «Влияние патентов на инструменты исследований и лицензирования на медико-биологические инновации» (Effects of Research Tool Patents and Licensing on Biomedical Innovation) // Уэсли М. Коуэн (Wesley M Cohen) и Стивен А. Меррилл (Stephen A Merrill) (редакторы). «Патенты в экономике, основанной на знаниях» ("Patents In The Knowledge-Based Economy") (Национальный научно-исследовательский совет. 2003. С 285.

67 Кеннет Г. Хуанг (Kenneth G Huang) и Фиона Мюррей (Fiona E Murray). «Формирует ли политика в области патентов долгосрочное получение общедоступных знаний? На примере генетики человека» ("Does Patent Strategy Shape the Long-Run Supply of Public Knowledge? Evidence from Human Genetics"). 2009 // Журнал Академии менеджмента (Academy of Management Journal). № 52. С. 1193; Фиона Мюррей (Fiona Murray) и Скотт Стерн (Scott Stern), «Препятствуют ли официальные права интеллектуальной собственности свободному распространению научных знаний? Эмпирическая проверка гипотезы ущерба для общего блага» ("Do Formal Intellectual Property Rights Hinder the Free Flow of Scientific Knowledge? An Empirical Test of the Anti-Commons Hypothesis"). 2007 // Журнал экономического поведения и организации (Journal of Economic Behavior and Organization). № 63. С 648. Сф. Хайди Л. Уильямс Heidi L Williams. «Права интеллектуальной собственности и инновации: на примере человеческого генома» ("Intellectual Property Rights and Innovation: Evidence from the Human Genome") // Рабочий документ № 16213, рабочие документы Национального бюро экономических исследований, 2010. <<http://www.nber.org/papers/w16213>> (последнее посещение сайта имело место 1 августа 2011 г.) (материал защищен соглашениями о конфиденциальности).

68 Ст. 9(b) проекта Постановления о патентном регулировании в ЕС (в которой говорится «произведенные в экспериментальных целях действия, связанные с объектом запатентованного изобретения»

Как и многие страны ВТО, Соединенные Штаты все же признают исключение для исследований, ведущихся в фармацевтической промышленности. Используя так называемый иммунитет Болар (Bolar)⁶⁹, производители лекарств-дженериков могут проводить исследования с использованием запатентованных лекарственных препаратов во время срока действия патента столько времени, сколько потребуется для исследований, чтобы собрать данные, необходимые органам по надзору за лекарственными препаратами и ветеринарными биологическими продуктами. В Соединенных Штатах владельцам патентов предоставляется продление периода действия исключительного права в обмен на толерантность к использованию, исходя из теории, что владельцы патентов теряют часть времени на сбор собственных данных, необходимых органам надзора. В других странах действуют аналогичные положения, хотя в некоторых странах (включая Канаду) продление сроков патентообладателям не предоставляется. Именно такое положение было одобрено в деле Канада-Фармацевтические препараты (ст. 30).

Можно привести веские аргументы в пользу того, что аналогичный иммунитет следует предоставлять в сфере программного обеспечения, где существует значительный потребительский спрос на интероперабельные и обратно совместимые продукты. В некоторых случаях возникает необходимость работы с запатентованным программным обеспечением для того, чтобы найти прикладные программные интерфейсы (API) или другие материалы, такие, как коды подтверждения, необходимые для создания таких продуктов. Владельцы патентов расценивают такое использование, как нарушение прав, стремясь защитить свои первоначальные рынки и рынки для периферийных и других совместимых средств. Но экономисты выдвинули предположение, что иммунитет на расшифровку построения программного продукта мог бы по аналогии с иммунитетом на научные исследования улучшить конкуренцию.⁷⁰ Статья 6 Директивы ЕС о программном обеспечении, гармонизирующая охрану авторских прав на программное обеспечение среди стран ЕС, также разрешает декомпиляцию «частей программного обеспечения» без получения разрешения от правообладателя, если это было «необходимо для получения информации, нужной для достижения

не считаются нарушением патента). Ст. 60(5) английского Закона о патентах от 1977 г. также предусматривает исключение для экспериментального использования, а также для ситуаций, когда действие в нарушение патентных прав осуществляется частным образом и не носит коммерческого характера.

69 Свод законов США. Разд. 35. §102. § 271(e)(1). Исключение обязано своим названием делу *Roche Products, Inc. v Bolar Pharmaceuticals, Inc.*, (Сборник решений Федеральных апелляционных судов F., т. 733, серия 2, с. 858 (Суд по фед. округу 1984)). Это дело привлекло внимание к проблеме затрат времени на исследования, необходимые для замены лекарственных препаратов дженериками.

70 Марк А. Лемли (Mark A Lemley) и Джули И. Коуэн (Julie E Cohen). «Границы действия патентов и инновации в сфере программного обеспечения» ("Patent Scope and Innovation in the Software Industry"). 2001. Калифорнийский правовой обзор (California Law Review). № 89. С. 1.

совместимости независимо созданной компьютерной программы с другими программами».⁷¹

б. Диагностика. Как уже отмечалось выше, во многих странах диагностика исключена из числа патентоспособных объектов. Однако эти положения обычно распространяются только на диагностику, проводимую непосредственно на теле (например, на прослушивание работы сердца стетоскопом). Современные методики включают лабораторное исследование биологических образцов и установление связей между процессами (например, связи последовательности ДНК с восприимчивостью к заболеванию или с полезным эффектом лекарственного препарата). Эти взаимосвязи могут быть исключены из числа патентуемых объектов, чтобы защитить доступ пациента к тестам, а также для независимых дублирующих исследований и возможности контроля качества агентствами. К другим возможным подходам относятся предоставление иммунитета на любую диагностику, освобождение от ответственности за нарушение прав в случае диагностики в целях независимых дублирующих исследований или контроля качества, принуждение патентообладателей к согласию на выдачу диагностических лицензий. Ни одна страна еще не предприняла подобных правовых шагов.

с. Снабжение рынка. В некоторых странах предусмотрена выдача принудительных лицензий в случаях, когда владелец патента не может обеспечить достаточное снабжение рынка. Это особенно относится к фармацевтическому сектору, где недостаточные поставки могут привести к проблемам в области здравоохранения. Первоначально Соглашение ТРИПС разрешало выдачу таких лицензий только для снабжения преимущественно внутреннего рынка (ст. 31(f)). Однако во многих странах отсутствует фармацевтическое производство. В Декларации Доха, принятой на министерской конференции ВТО, было выражено согласие изменить Соглашение с тем, чтобы дать право одной нации предоставлять принудительные лицензии в пользу другой страны. Такие лицензии должны быть строго ограничены условиями, препятствующими проникновению лекарственных средств в страны с достаточным снабжением (ст. 31bis).

д. Использование патента. Некоторые страны придерживаются позиции, согласно которой патенты должны способствовать занятости и профессиональной подготовке. В соответствии с Парижской конвенцией странам разрешается выдавать принудительные лицензии, если владелец патента не смог обеспечить использование патента внутри страны за отведенный на это срок (3-4 года) (ст. 5). Однако Соглашение ТРИПС не допускает дискриминации в зависимости от того, производится продукт внутри страны или импортируется.

Это дает основания полагать, что Соглашение ТРИПС отвергает это положение. Однако Соглашение ТРИПС предусматривает соблюдение Парижской конвенции (ст. 2.1). Поэтому многие полагают, что такие лицензии все же могут предоставляться. В Соединенных Штатах Америки обычно владелец патента считается наделенным правом самому решать, когда применение патента в стране окажется целесообразным. Поэтому требования к использованию патента не применяются.

В некоторых юрисдикциях за пределами Соединенных Штатов Америки предусматривается возможность выдачи принудительной лицензии в случае отказа от лицензирования на приемлемых условиях.⁷² Эти положения редко применяются в судах, поскольку их устрашающий эффект способен спровоцировать стихийное лицензирование. Типичными случаями применения этих положений являются ситуации с блокирующими патентами. Их применение также может быть целесообразно в сфере биотехнологии для того, чтобы побудить фирмы, владеющими правами на важные достижения в области диагностики и научных исследований, предоставлять лицензии или объединять свои патенты. Также может оказаться целесообразным применение в секторах IT и полупроводниковой электроники, где для вывода продуктов на рынок необходимы права на многочисленные достижения.

2. Использование для нужд государства

В Соединенных Штатах Америки нет понятия о нарушении патентных прав Соединенными Штатами Америки. Вместо этого, закон предусматривает, что, когда запатентованное изобретение «используется или производится Соединенными Штатами Америки или для Соединенных Штатов Америки без лицензии», патентообладатель может предъявить иск о «справедливой и полной компенсации» в гражданский суд США.⁷³ В других странах действуют аналогичные правовые нормы.

3. Предыдущее использование

Как отмечалось выше, поиск прототипов в секторе IT и среди методов ведения бизнеса затруднен. Если прототип достаточно хорошо скрыт (например, торговый секрет), его нельзя квалифицировать как прототип для определения новизны и неочевидности. В таких случаях более поздний изобретатель может получить действительный патент. Тогда первый пользователь может обнаружить, что

⁷¹ Директива парламента и совета ЕС 2009/24/ЕС от 23 апреля 2009 г. о правовой защите компьютерных программ [2009] // Официальный журнал ЕС (OJ) L111/16.

⁷² См., например: Закон о патентах, 1977. С. 37. § 48A(1)(b)(i) (Англия); Джон У. Бакстер (John W. Baxter). Мировое патентное законодательство и практика (World Patent Law and Practice). § 8.02. 2001; см. также: Роберт Мерджес (Robert Merges). «Права интеллектуальной собственности и срыв переговоров об уступках: дело о блокирующих патентах» ('Intellectual Property Rights and Bargaining Breakdown: The Case of Blocking Patents'). 1994 // Правовой обзор Теннесси (Tennessee Law Review). № 62. С. 75, 104.

⁷³ Свод законов США, разд. 28, § 1498.

он оказался нарушителем прав. Во избежание такой ситуации в Соединенных Штатах Америки одно время предусматривалось освобождение от ответственности для тех, кто использовал изобретение метода ведения бизнеса ранее определенного периода времени, предшествующего регистрации патентной заявки на метод. Хотя такое освобождение от ответственности распространялось только на методы ведения бизнеса, оно также включало методы ведения бизнеса с компьютером и, таким образом, широко использовалось в сфере ИТ. В заявительских системах установления приоритета право преждепользователя действует во всех секторах, распространяясь на любого, кто начинает использовать изобретение на определенный период времени ранее регистрации.⁷⁴

4. Недобросовестные действия

В Соединенных Штатах Америки патент признается юридически недействительным во всей полноте, если какое-либо из притязаний по нему было получено путем обмана патентного ведомства (например, путем намеренного умалчивания о прототипе, который важен для вынесения решения о патентоспособности). Такой отказ в исковых правах вследствие «недобросовестного поведения» в равной степени распространяется на все сектора.

В некоторых системах как недобросовестное действие также расценивалось злоупотребление правом на патент. В соответствии с принципом «злоупотребления правом на патент» патент остается юридически недействительным до искупления злоупотребления. Одно время злоупотреблением считались многие действия, включая навязывание лицензиату дополнительных продуктов, ограничение права лицензиата в отношении применения изделий конкурентов лицензиара, включение нескольких патентов в одно лицензионное соглашение, установление твердой цены и связывание лицензиата обязательствами по предоставлению лицензиару исключительной лицензии на изобретения, которые будут созданы лицензиатом в той же области. Судебное разбирательство злоупотреблений отличалось от разбирательства нарушений закона о защите конкуренции двумя особенностями: отсутствовало требование доказательства доминирующего положения на рынке, и единственным результатом доказанного злоупотребления было лишение патента юридической силы (в то время как в случае нарушения закона о защите конкуренции требуется доказательство доминирующего положения, и выигравший дело владелец патента получает право на возмещение убытков). Многие наблюдатели полагают, что норма злоупотребления правом на патент могла бы принести очень большую пользу в секторе биотехнологии и секторе ИТ (особенно в отношении полупроводников). В этих промышленных отраслях для вывода продуктов на рынок необходимо использовать много запатентованных изобретений, и

существует серьезная опасность того, что какой-нибудь владелец патента решит не уступать в цене и потребует непропорционально большой доли прибыли. Если бы такая неуступка была признана злоупотреблением, это привело бы к исчезновению риска блокировки одним владельцем патента коммерческого применения: владельцы патентов были бы вынуждены выдавать лицензии на свои патенты индивидуально или через объединение патентов. Отказ в выдаче лицензий на важные предшествующие достижения или изобретения, имеющие большое значение для общественного здравоохранения, также мог бы расцениваться как злоупотребление. Тем не менее, в последние годы в Соединенных Штатах Америки широко выносились решения о том, что поведение, которое нельзя расценивать как проблему конкуренции, нельзя расценивать и как злоупотребление. Таким образом, доктрина оказалась втиснута в законодательство о защите конкуренции, которое рассматривается ниже.

РЕЗЮМЕ. Способы освобождения от ответственности за нарушение прав являются наиболее прямым путем решения проблем в системе патентования. Их применение особенно целесообразно в связи с научными достижениями, такими, как достижения в сферах биотехнологии, фармацевтики и ИТ, а также в случае отказа в предоставлении лицензий местным лицензиатам на приемлемых основаниях.

D. Средства защиты прав

Существует три основных средства защиты при нарушении прав: судебный запрет, материальное возмещение и контроль над импортом. Все они регламентируются Соглашением ТРИПС, но ВТО с очень большим уважением относится к национальному выбору. Органы власти должны «иметь право» удовлетворять иски о нарушении, но они не обязаны проявлять это право в каждом отдельном случае до тех пор, пока работает общая схема сдерживания нарушения прав. Таким образом, эти три формы удовлетворения правоприязаний определяют пути решения проблем, возникающих в конкретных секторах.

1. Судебный запрет

Поскольку право интеллектуальной собственности есть право исключать третьих лиц, запрет является первой формой удовлетворения правоприязаний, поскольку он восстанавливает исключительные права. Тем не менее, в последние годы Верховный суд США делал упор на справедливый характер судебного запрета. В деле eBay против MercExchange он постановил, что суд до издания запрета обязан принять во внимание интересы общества.⁷⁵ Это решение особенно важно для сектора

⁷⁴ Там же, разд. 28, § 273.

⁷⁵ Дело eBay Inc. v MercExchange, L.L.C. // Сб. судебных решений США. Т. 547. С. 388, 391 (2006) («истец, добивающийся бессрочного судебного запрета, должен пройти проверку на соответствие четырем критериям, прежде чем суд сможет удовлетворить такой иск. Истец должен продемонстрировать: (1) что ему нанесен невозместимый ущерб; (2)

IT, где, как мы видели, неопределенность притязаний, касающихся программного обеспечения, сложность поиска прототипов и большое количество патентов, которые необходимо использовать для выведения продукта на рынок (особенно в полупроводниковой промышленности), могут порождать очень сложные проблемы, такие, как незащищенность независимых изобретателей от патентных судебных исков, конъюнктурные иски со стороны патентных троллей и проблемы патентного шантажа (holdup). Отказ в издании судебного запрета (и, вместо этого, требование выплаты роялти) является в некотором роде функциональным эквивалентом принудительного лицензирования. Зная, что иск о судебном запрете не будет удовлетворен, владельцы патентов скорее предпочли бы договариваться самостоятельно, чем обращаться в суд за определением роялти.

Можно предположить, однако, что этот подход, который работает по факту (т.е. после полного разбирательства иска), не подходит для тех, кто прибегает к помощи суда для получения принудительной лицензии заранее (т.е. до инвестирования средств в деятельность, нарушающую патентные права). Например, это не может решить проблемы в медицинском секторе, где отказы в выдаче лицензий могут отрицательно сказаться на доступе к лекарствам или диагностике: никто не будет инвестировать в производственное или диагностическое оборудование, не зная, откажет ли суд в судебном запрете. В Соединенных Штатах Америки, однако, существует ограниченная альтернатива: к поставщикам медицинских услуг, обвиняемым в нарушении прав, не предъявляется требование прекратить деятельность или выплатить роялти. Вместо этого, иск за соучастие в нарушении прав или побуждение к нарушению прав может быть предъявлен к поставщикам критических продуктов или услуг, знавшим, что использование этих продуктов или услуг приведет к нарушению прав.⁷⁶

2. Возмещение материальных убытков

Решения о возмещении материальных убытков выносятся для того, чтобы возместить владельцу патента ущерб, понесенный за нарушение его прав в прошлом, и предотвратить нарушение прав в будущем. В последние годы большое внимание привлекал к себе подсчет материальных убытков, особенно в секторе IT. Одной из проблем является то, что, если подсчитывать убытки, исходя из той суммы, которую нарушитель выплатил бы в случае, если он взял лицензию и не нарушал прав, то это не дает сдерживающего эффекта. Но если увеличить сумму возмещения убытков до уровня, оказывающего сдерживающий эффект, то в

областях, где присутствуют патентные тролли, высокий уровень выплат вызовет активизацию их деятельности.

Во-вторых, когда вывод продукта на рынок сопряжен с использованием большого числа запатентованных изобретений, определение стоимости, добавляемой запатентованным изобретением к общей стоимости продукта, может оказаться затруднительным. В прошлом владельцы патентов имели возможность взыскивать убытки, исходя из общей рыночной стоимости продукта. Это выполняло функцию налога на инновации и привлекало троллей. В деле *Lucent Technologies* против *Gateway* Апелляционный суд по федеральному округу объявил, что отныне возмещаемые убытки будут распределяться таким образом, чтобы выигравший дело ответчик получал только сумму, соответствующую его вкладу в успех продукта.⁷⁷

В-третьих, в случаях, связанных с программным обеспечением, и им подобных, когда поиск прототипа затруднен, патенты часто нарушаются непреднамеренно, но после того, как продукт продан, оказывается, сложно заменить входящий в его состав компонент, который нарушает права. В таких случаях можно совмещать новые подходы к правовой защите. Запрет отменяется на период времени, достаточный для проведения работы над компонентом, нарушающим права. Убытки за это время (и нарушение прав, имевшее место в прошлом) возмещаются по суду, но сумма возмещения ограничивается стоимостью новшества, добавленного к продукту.

Следует также отметить, что Ричард Поснер (*Richard Posner*), известный критик патентов в секторе IT, недавно, будучи в должности федерального окружного судьи, отказал в иске по делу о сотовых телефонах, заявив, что убытки в связи с нарушением прав нельзя установить с достаточной определенностью.⁷⁸

3. Действия на границе

В соответствии с Соглашением ТРИПС государства-члены должны наделять таможенные органы правом препятствования попаданию на рынок контрафактных и пиратских товаров; также они могут предотвращать ввоз других товаров (ст. 51). В Соединенных Штатах это право проявляется в патентных делах только тогда, когда владелец патента делает изобретение коммерчески доступным (через местный рынок или импорт) или находится в процессе создания такой возможности. Таким образом, общественная доступность изобретения до некоторой степени

что средства правовой защиты, предусмотренные законом, такие, как возмещение материальных убытков, недостаточны для компенсации такого ущерба; (3) что с учетом баланса трудностей истца и ответчика обеспечивается судебная защита по праву справедливости; и (4) что от бессрочного запрета не пострадают общественные интересы»).

⁷⁶ Свод законов США, разд. 35, § 287(c).

⁷⁷ Дело *Lucent Technologies, Inc. v Gateway, Inc.* // Сб. решений федеральных апелляционных судов F. T. 580. Сер. 3. С. 1301 (Суд по фед. округу 2009).

⁷⁸ Дело *Apple, Inc. v Motorola, Inc.* // Сб. решений федеральных окружных судов F. Supp. T. 869. Сер. 2. С. 901 (Окружной суд США по Северному федеральному судебному округу штата Иллинойс (N.D.Ill.) 2012) [Поснер (Posner), назначенный судьей].

гарантируется (даже, несмотря на то, что владелец патента может возбуждать иски о нарушении прав против тех, кто изготавливает, использует, продает, предлагает на продажу или импортирует продукт).⁷⁹

РЕЗЮМЕ. Для того чтобы решать проблемы скопления патентов с взаимным нарушением прав, патентного шантажа и другие лицензионные проблемы, можно использовать скорректированный судебный запрет. Однако такая система работает по факту; ее нельзя считать эффективным способом достижения оптимальных уровней применения патентов и лицензирования.

Е. Изобретения, финансируемые государством

В Соединенных Штатах Америки патенты на определенные, финансируемые государством изобретения подпадают под действие специальных правовых норм, исходя из того, что общество оплачивает их дважды, - один раз в виде налогов для финансирования исследований и второй раз за счет покупной цены, превышающей конкурентный уровень. Эти нормы способствуют реализации государственных интересов в создании новых задач в сфере высоких технологий, усилении связей между наукой и промышленностью и обеспечении доступа к исследованиям, поддерживаемым государством.

Правительство США поддерживает научные исследования, как в своих собственных учреждениях (государственных лабораториях), так и вне их преимущественно путем финансирования ученых, работающих в университетах и других научно-исследовательских организациях. В целом распределение средств финансирования негосударственных организаций осуществляется через проходящие экспертную оценку предложения по тематике исследований, - процесс, руководство которым осуществляют различные федеральные агентства. Права на результаты исследований, осуществленных в государственных организациях, принадлежат государству, и оно же ими распоряжается. Одно время это было справедливо и в отношении университетских исследований: государство забирало себе все права на патенты и обычно выдавало на них лицензии на неисключительной основе. Ситуация изменилась в 1982 г., когда начал действовать закон Бэя-Доула (Bayh-Dole).⁸⁰

⁷⁹ См. разд. 19 Свода законов США § 1337. Иски, связанные с импортом, подаются в специальный трибунал, Международную комиссию по вопросам торговли.

⁸⁰ Свод законов США, разд. 35, § 200-212. См. также: Свод законов США, разд. 15, § 3701-3714 (Закон о технических инновациях

Закон Бэя-Доула направлен на коммерциализацию финансируемых государством изобретений и налаживание связей между учеными в университетах и промышленностью. Закон сохраняет права собственности за государством в качестве позиции по умолчанию. Но он реализует цель приведения науки и промышленности в более тесный контакт, позволяя определенным «подрядчикам» — небольшим коммерческим и некоммерческим организациям (преимущественно университетам), которые являются сторонами финансируемых государством контрактов, — возможность сохранения за собой прав на изобретение, которое было сделано в ходе финансируемых государством исследований. Если ни спонсор, ни подрядчик не желают оформлять патент, права на патент может получить изобретатель. Полученные права подпадают под действие различных ограничений.⁸¹ Соглашения о финансировании могут исключать зарубежных подрядчиков и организации, контролируемые другим государством. Финансирующий орган также может отказать в возможности получения прав, когда научные исследования проводятся в национальных интересах, или, когда, по его мнению, государственная правовая собственность «больше отвечает концепции и целям» Закона.⁸² После передачи Соединенные Штаты Америки получают неисключительную, не подлежащую переуступке лицензию для реализации изобретения или предоставления другим возможности реализовать изобретение в своих интересах; спонсоры могут также заявлять аналогичные права на зарубежные патенты.⁸³ Требуется периодическое представление отчетов об усилиях по коммерциализации;⁸⁴ если спонсор установит, что изобретение использовалось недостаточно, он может воспользоваться правом вмешательства и получить права на изобретение.⁸⁵ Однако сохранение государством за собой прав или их повторное приобретение является непростым делом: существуют обременительные требования и право проверки. Фактически Соединенные Штаты Америки очень редко отказывали в выдаче прав на патент и никогда не достигали успеха в использовании права вмешательства даже в тех случаях, когда имело место явное недоиспользование права.⁸⁶

Закон предусматривает также некоторые другие предохранительные меры. Подрядчик должен обеспечить тот факт, что права могут быть защищены.⁸⁷ Существенно то, что он должен разделить полученное роялти с изобретателем; в большинстве случаев он должен направить свою прибыль обратно для

Стивенсона-Уайдлера (Stevenson-Wylder) от 1980 г.), положения, которые распространяются на некоторые другие организации, отличные от университетов.

⁸¹ Там же, § 202 (a), (c) и (d).

⁸² Там же, § 202(a)(i)-(iv).

⁸³ Там же, § 202(c)(4).

⁸⁴ Там же, § 202(c)(5).

⁸⁵ Там же, § 203.

⁸⁶ Арти К. Рей (Arti K Rai) и Ребекка И. Эйсенберг (Rebecca E Eisenberg). «Реформа Бэя-Доула и прогресс в биомедицине» (‘Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine’). 2003 // Журнал «Закон и современные проблемы» (Law and Contemporary Problems). Т. 66. С. 289.

⁸⁷ Свод законов США, разд. 35, § 202(c)(1) и (2).

поддержки научных исследований или образования; сверхприбыль (определяемая путем сравнения прибыли с бюджетом организации) должна быть возвращена в Министерство финансов США; в программах лицензирования предпочтение должно отдаваться небольшим коммерческим фирмам и промышленности США.⁸⁸ По возможности и при наличии разумных оснований все исключительные лицензии должны выдаваться лицам, которые согласны производить продукты на основе изобретения или использовать изобретение «в основном в Соединенных Штатах Америки».⁸⁹ Тем самым Закон обеспечивает, что работники университета мотивированы осуществлять деятельность по лицензированию, что между сторонами налажен достаточно плотный контакт для обмена идеями и опытом, что расходы налогоплательщиков США возвращаются к ним же в виде улучшенных продуктов и рабочих мест.

Закон имел наибольшее значение для сектора биотехнологии, где большая часть исследований проводится университетами при поддержке со стороны Национальных институтов здравоохранения (NIH). Как уже отмечалось, исследования в области биотехнологии и медицины могут тормозиться многочисленными достижениями фундаментальной науки и медицины, которые запатентованы (ДНК, инструменты исследования). Поскольку предохранительные меры в законе Бэя-Доула не использованы, и Соединенные Штаты Америки не признают общего иммунитета на научные исследования, Национальные институты здравоохранения добились наложения ограничений через свои соглашения о финансировании. Университеты просят, чтобы они по возможности выдавали неисключительные лицензии (или лицензии на определенную сферу применения), - обычно, когда изобретение находится на этапе, близком к коммерциализации, чтобы лицензиату не нужно было вкладывать значительные денежные ресурсы. Таким образом, Национальные институты здравоохранения добиваются усиления конкуренции и уменьшения риска случаев патентного шантажа. Некоторые соглашения о финансировании содержат требование к университетам излагать свои планы по использованию и распространению той работы, которую они ведут. Кроме того, многие университеты добровольно взяли на себя обязательства по лицензированию способами, охраняющими общественные интересы.⁹⁰

88 Там же, § 202 (c)(7).

89 Там же, § 204.

90 Ассоциация AUTM. «Девять рекомендаций по лицензированию университетских технологий» ('Nine Points to Consider in Licensing University Technology'). 6 марта 2007 г.; <http://www.autm.net/Nine_Points_to_Consider.htm> (последнее посещение сайта имело место 1 августа 2011 г.)

III. ЗАКОНОДАТЕЛЬНО О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

А. Правовые рамки и цели законодательства о защите конкуренции

Законодательство о конкуренции (или антитрестовское законодательство в Соединенных Штатах Америки) появилось как отдельная область законодательства в конце 19 века, когда Конгресс США в 1890 г. принял закон Шермана (Sherman Act) с целью запрета определенной коммерческой деятельности, которая препятствовала конкуренции, в частности - образования картелей (раздел 1 закона Шермана) и монополизации (раздел 2 закона Шермана). Хотя в настоящее время закон Шермана все еще формирует основу для большинства антимонопольных судебных процессов, в 1914 г. Конгресс США принял закон Клейтона (Clayton Act) (который запрещал соглашения об исключительных правах на сбыт, в частности, соглашения о продаже с принудительным ассортиментом и перекрещивающиеся директораты, а также слияния, достигаемые путем покупки акций) и закон о Федеральной торговой комиссии (FTC Act) (учредивший Федеральную торговую комиссию и наделивший ее правом расследовать и предотвращать случаи недобросовестной конкуренции (раздел 5 закона). Соблюдение антитрестовского законодательства США обеспечивается судами общей юрисдикции (на федеральном уровне и уровне штатов), Федеральной торговой комиссией и антитрестовским отделом министерства юстиции США (для расследования уголовных дел, таких, как дела о картелях).

Законодательство о защите конкуренции Евросоюза (ЕС) сформировано Договором об угле и стали 1951 г. и Римским договором о создании Европейского экономического сообщества 1957 г. С тех пор его положения остались в основном неизменными, несмотря на различные изменения конститутивных договоров и объединение стран Европейского экономического сообщества в Евросоюз в соответствии с Лиссабонским договором 2009 г. Статья 101 (1) Договора о функционировании Европейского союза (TFEU) налагает запрет на соглашения, согласованные действия и решения ассоциаций предпринимателей, имеющие своей целью или следствием ограничение конкуренции и ухудшение торговых отношений между государствами-членами. Различные пункты статьи 101(1) были сформулированы на основе широкой судебной практики европейских судов. Статья 101(3) предусматривает, что действия, подпадающие под действие статьи 101(1), не могут считаться противоправными согласно статье 101 и, таким образом, не подпадают под запрет, если они вносят вклад в улучшение производства или распространения товаров или в стимулирование технического или экономического прогресса, при этом позволяя потребителям получать справедливую долю результирующей выгоды и не налагая на предприятия соответствующих ограничений, которые не являются обязательными для достижения

этих целей, или, не предоставляя таким предприятиям возможность устранения конкуренции в отношении существенной части затрагиваемых продуктов. Статья 101(2) Договора о функционировании Европейского союза регламентирует некоторые следствия запрета согласно ст. 101(1), относящиеся к гражданскому праву. Расширение регулирующих полномочий при принятии законов общего действия выгодно для Комиссии. Комиссия действительно приняла постановления, выводящие из-под действия запрета ст. 101(1) категории соглашений, подпадающие под действие ст. 101(3), в определенных обстоятельствах. Эти тексты сопровождаются массой указаний, коммюнике, уведомлений, приоритетных инструкций, описаний передового опыта, годовых отчетов, устных заявлений, пресс-релизов, руководящих писем, экспертных отчетов и результатов независимых исследований, которые содержат ценную информацию для соблюдения законодательства о защите конкуренции. Статья 102 содержит распространяющийся на одно или нескольких предприятий запрет на злоупотребление своим доминирующим положением на внутреннем рынке или его существенной части, если это может ухудшить торговлю между государствами-членами. Статьи 101 и 102 содержат примеры запрещенных действий или злоупотреблений. Однако этот перечень не является исчерпывающим, и судебная практика Европейских судов, а также прецедентная практика Комиссии показывают расширительное толкование этих положений, ведущее, например, к распространению статьи 102 на ситуации, когда доминирующее положение удерживается сразу несколькими предприятиями (коллективное доминирующее положение), или на ситуации, когда злоупотребление и доминирующее положение не относятся к одному и тому же рынку. Однако судебная практика не распространяет действие статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза на ситуации негласного сговора, если отсутствуют доказательства определенной степени слияния предприятий: параллельные действия не являются доказательством противоправных согласованных действий или соглашения. В Европейском сообществе не было эффективной системы по контролю за слияниями,⁹¹ по крайней мере, до вступления в силу законодательства о регулировании слияний в ЕС (ECMR) в 1989 г.⁹² Это законодательство устанавливает работающую по принципу «одного окна» систему централизованного предупреждения и регулирования слияний с правом приостановки (несанкционированных слияний). Право

91 Ни Римский договор, ни закон Германии «Об ограничении конкуренции» не содержали отдельных положений по контролю за слияниями, за исключением ст. 66(1-6) Договора Европейского объединения угля и стали (ECSC), которая закрепляла за высшим органом ECSC исключительное право осуществления национального контроля за слияниями без требования какого-либо влияния на торговлю между государствами-членами. При этом государства-члены были лишены такого права.

92 Регламент Совета ЕС № 4064/89 от 21 декабря 1989 г. по контролю за слиянием предприятий [1989] L395/1. Судебная практика Европейского суда, однако, расширила применение статей 101 (объединенные дела 142 и 156/84 BAT и Reynolds v Commission [1987], сборник решений Европейского суда (ECR)) и 102 Договора о функционировании Европейского союза на экономические слияния.

проверки и принятия решений в случаях слияний, имеющих масштаб Сообщества, принадлежит исключительно Европейской комиссии. Государства-члены могут разрабатывать свои собственные системы по контролю за слияниями для компаний, масштабы деятельности которых ниже масштабов Сообщества. В настоящей публикации упор делается на применение статей 101 и 102 Договора о функционировании Европейского союза к практикам, затрагивающим права интеллектуальной собственности, и не исследуется контроль за слияниями, хотя некоторые возникающие проблемы имеют схожий характер. Соблюдение законодательства ЕС о защите конкуренции обеспечивается Европейской комиссией (в частности, Генеральным директоратом по вопросам конкуренции), национальными органами по вопросам конкуренции и национальными судами государств-членов ЕС. Суд ЕС и Европейский суд общей юрисдикции интерпретируют положения законодательства ЕС о защите конкуренции, а Европейский суд общей юрисдикции осуществляет контроль над законностью решений Европейской комиссии в этой области.

Мнение о том, что законодательство о защите конкуренции должно быть направлено на повышение экономического благосостояния в какой-то форме, неотъемлемо связано с анализом этого законодательства, используя теорию экономики и, в частности, теорию экономики благосостояния, теорию потребителей и связанные с ними предметные дисциплины. Это мнение справедливо, как в случае антitrustовского законодательства США, так и в случае законодательства ЕС о защите конкуренции. Существуют различные взгляды на смысл, вкладываемый в понятие экономического благосостояния, и на то, как это благосостояние можно измерить. Прежде всего, органы власти, регулирующие вопросы конкуренции, и суды могут проанализировать эффективность перехода от одной конкурентной ситуации к другой, используя «стандарт совокупного благосостояния». Последний является мерой совокупного излишка различных групп в экономике (например, производителей, потребителей) и позволяет измерять то, как переход сказывается на благосостоянии. Важно то, что совокупный (потребителей и производителей) излишек повышается даже в том случае, если излишек одной из групп (потребителей или производителей) уменьшается. Значение имеет только общий размер экономики, а не распределение по группам. С точки зрения совокупного благосостояния соблюдение законодательства о защите конкуренции преследует своей целью обеспечение максимального уровня эффективности для всех этих категорий. Это включает, например, аллокационную эффективность, т.е. возможность для потребителей платить такую цену, которая соответствует их готовности платить или в некоторых случаях ниже их готовности платить (что ведет к излишку потребителей). Также это должно включать возможность для производителей использовать производственные процессы, дающие наибольший выход продукции при данных затраченных ресурсах на производство, или для потребителей возможность использовать инновационные продукты и услуги, что

обычно называют динамической эффективностью. И наконец, следует принять в расчет эффективность, связанную с увеличением масштабов производства, которая позволяет производителям снизить себестоимость производства определенного товара (эффективность производства) и тем самым повысить свой излишек, т.к., если производитель имеет готовность продать, и рыночная цена товара превышает его цену, то это позволяет получить излишек, определяемый разностью цен (выигрыш производителя).

Эффективность может рассматриваться в рамках статического подхода (т.е. текущей или кратковременной ситуации среди потребителей и поставщиков на рынке) или рамках динамического подхода, связанного с долгосрочной оценкой рынка (с упором на стимулирование НИОКР). При определенных обстоятельствах статическая аллокационная эффективность и динамическая эффективность могут вступать в противоречие между собой. В отчете по инновациям и динамической эффективности, выполненном по поручению Канадского управления по вопросам конкуренции, поясняется:

*«Для поддержки инновационной деятельности и сохранения, таким образом, динамической эффективности, фирмы при назначении цены, не исходя из кратковременной предельной себестоимости в каждый момент времени, и в результате, определенная степень аллокационной неэффективности может оказаться неизбежной. Для заинтересованности в дорогостоящих инвестициях в НИОКР фирмы должны видеть перед собой некую перспективу «прибыли», которая, как отмечалось выше, имеет форму сверхприбыли. В отсутствие такой положительной окупаемости каждой единицы проданного товара фирма никогда не сможет окупить свои авансовые инвестиции в НИОКР, и поэтому будет лишена заинтересованности в таких инвестициях. Другими словами, фирмы, занимающиеся инновационной деятельностью, предвидят некий благоприятный период, когда они смогут продавать продукцию по цене, превышающей не только ее кратковременную предельную себестоимость, но возможно даже цену существующих продуктов (если таковые имеются), в которых не используется инновация. Потребители готовы платить более высокую цену, поскольку ценность новых качеств, которыми обладает новый или усовершенствованный продукт, достаточна для того, чтобы заплатить за продукт больше, чем стоят продукты других фирм».*⁹³

Из этого следует, что фирмы, ведущие серьезные НИОКР или занимающиеся другой инновационной деятельностью, могут иметь низкую предельную себестоимость, но высокие постоянные расходы, что будет вынуждать их устанавливать цены, значительно

⁹³ Эндру Тепперман (Andrew Tepperman) и Маргарет Сандерсон (Margaret Sanderson), «Инновации и динамическая эффективность при анализе слияний» ('Innovation and Dynamic Efficiencies in Merger Review') (Канада, Управление по вопросам конкуренции, 2007 г.); <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02378.html#key_concepts>, с. 6-7 (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.)

превышающие предельную себестоимость, чтобы добиться конкурентной окупаемости в долгосрочной перспективе. На первый взгляд это может показаться противоречащим статической аллокационной эффективности со стремлением к понижению цен и будет определенно несоответствовать модели идеальной конкуренции. Однако с точки зрения динамического совокупного благосостояния, такое принесение в жертву статической аллокационной эффективности может быть компенсировано выгодами, вытекающими из динамической эффективности: повышенная рентабельность начинаний и создание новых или более качественных продуктов для потребителей в долгосрочной перспективе.

Законодательство о защите конкуренции в Соединенных Штатах Америки в меньшей степени в ЕС требует доказательств причинения ущерба потребителям для того, чтобы признать деятельность, ограничивающую соревнование или конкуренцию на соответствующем рынке, нарушающей законодательство о защите конкуренции. Понятие «ущерба потребителям» может включать многочисленные аспекты.

(i). Пользуясь экономической терминологией, можно сказать, что защита потребительского излишка составляет важную часть анализа на основе стандарта совокупного благосостояния. В этом контексте потребительский излишек означает приходящуюся на потребителей долю общественных издержек монополии, возникших в результате ограничения конкуренции. Например, повышение цены может привести к эффекту объема, который затронет определенную категорию потребителей: некоторые потребители из-за повышения цены больше не смогут покупать продукт, хотя прежняя структура потребления (выявленные предпочтения) показывает, что они предпочли бы покупать продукт, если бы цена не увеличилась. При таком узком определении потребительского излишка переплата со стороны потребителей в результате повышения цены не должна становиться поводом для применения законодательства о защите конкуренции, поскольку представляет собой передачу собственности от покупателей продавцам. Поставщики могут иметь возможность компенсировать (гипотетически, не реально) потери, понесенные потребителями, оставаясь при этом в состоянии компенсировать за счет такой передачи собственности свои собственные потери, обусловленные эффектом объема (излишек производителя). При таких условиях ситуация будет эффективной. [«стандарт потребительского излишка»].

(ii). Можно рассудить, что потребительский излишек подлежит сохранению любой ценой и, таким образом, не учитывать никакую компенсацию поставщиком, которая не компенсирует реально и эффективно потери, понесенные этими потребителями в результате эффекта объема [«узкий стандарт потребительского благосостояния»].

(iii). Существует также аргумент в пользу того, чтобы выйти за границы потребительского излишка и включить в анализ передачу собственности, понесенную потребителями из-за переплаты после ограничения конкуренции. Это может иметь отношение не только к повышенным ценам, но охватывать и другие параметры конкуренции, такие, как качество, разнообразие, инновации. В этом случае потеря потребительского излишка и передача собственности сравниваются с совокупным повышением эффективности, относящимся к поставщику (-ам), что позволяет провести сравнительный анализ влияния поведения на благосостояние определенной группы участников рынка, прямых и непрямых потребителей (не всех участников рынка). Идея состоит в том, что после перехода от ситуации равновесия к другой ситуации потребители определенного продукта получают выгоду от излишка и/или передачи собственности в том смысле, что их способность к удовлетворению своих потребностей возрастет [«расширенный стандарт потребительского благосостояния»].

(iv). Некоторые авторы также утверждают, что органы, занимающиеся вопросами конкуренции, должны стремиться к поддержанию оптимального уровня «потребительского выбора», определяемого как «положение дел, при котором потребитель обладает правом определять, что он хочет, и способностью удовлетворять свои желания по конкурентным ценам».⁹⁴ Эта концепция выглядит более широкой, чем концепции «потребительского излишка» и «потребительского благосостояния» (последнее включает потребительский излишек + передачу собственности вследствие завышенной цены), поскольку может включать помимо цены и другие параметры, такие, как качество, разнообразие, инновации. Те же авторы используют в том же смысле термин «потребительский суверенитет», определяемый как «комплекс социальных механизмов, которые вынуждают экономику реагировать в первую очередь на сложные сигналы потребительского спроса, а не на правительственные распоряжения или предпочтения отдельных компаний».⁹⁵ Однако определение и измерение «оптимальной степени» потребительского выбора или потребительского суверенитета представляется чрезвычайно сложной задачей. Концепция потребительского суверенитета может выглядеть привлекательной, но плохо подходит для реализации на практике через законодательство о защите конкуренции. Может показаться целесообразным, что следует сделать еще один шаг и заявить, что потребительский суверенитет может оберегаться способностью потребителей влиять на характеристики

94 Роберт Г. Ланд (Robert H Lande) «Потребительский выбор как конечная цель антitrustовского законодательства» ('Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust'). 2001 // Правовой обзор Университета Питтсбурга (University of Pittsburgh Law Review). № 62(3). С 503.

95 Нейл У. Аверитт (Neil W Averitt) и Роберт Г. Ланд (Robert H Lande). «Потребительский суверенитет: единая теория антitrustовского законодательства и законодательства о защите потребителей» («Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law»). 1997 // Журнал антitrustовского законодательства (Antitrust Law Journal), № 65. С 713, 715.

наборов продуктов в соответствии с их собственными гипотетическими выявленными предпочтениями. Теория гипотетических выявленных предпочтений определяет предпочтения агентов в том смысле, что бы они выбрали, если бы имели возможность выбора, т.е. эта теория переходит от реального к гипотетическому выбору.⁹⁶ Способ реализации этой теории на практике все еще остается предметом обсуждения. Ясно, что на решения потребителей при выборе влияет «контекст выбора, определяемый набором рассматриваемых вариантов. В частности добавление и удаление вариантов выбора из числа предложенных может влиять на предпочтения людей в выборе тех вариантов, которые были доступны все время».⁹⁷ Например, фирмы с их маркетинговой деятельностью могут внутренне формировать предпочтения потребителей путем установления процесса искусственного отбора, когда «предпочтения в действительности формируются, а не только выявляются».⁹⁸ Таким образом, повышенный упор на потребительский суверенитет может в некоторых случаях приводить к более интенсивному вмешательству законодательства о защите конкуренции с целью установить параметры независимого выбора потребителей и специальные допущения для защиты от рыночных практик, отрицающих суверенность выбора потребителей. Открытость и состязательность рынков является необходимым условием для реализации прав потребителей. Стандарт потребительского выбора или потребительского суверенитета может также включать психологический аспект формирования таких предпочтений, который обычно не учитывается в неоклассической теории цен. Объединение результатов поведенческой экономики и нейроэкономики для того, чтобы понять поведение потребителей и построить контрафактуалы гипотетического выбора на основе прогнозов о предполагаемом выборе в конкретном контексте выбора, также может быть одним из следствий этой теории.

В законодательстве о защите конкуренции цель защиты потребителей подразумевает, что итог/последствия конкретной деятельности для потребителей принимаются во внимание до получения любого решения в отношении законности или незаконности этой деятельности. Снижение конкурентного соперничества с последующим исключением одного конкурента или соглашения между двумя конкурентами о сотрудничестве не будут признаны незаконными, если они при этом не ведут к вероятному ущербу или вреду для потребителей. Другой подход может быть связан с этической стороной дела и упором на конкурентное соперничество (и защиту процесса

конкуренции как такового) вне зависимости от любых фактических или возможных последствий конкретной деятельности/поведения для потребителей. Под последствиями могут подразумеваться эмпирические наблюдаемые признаки ухудшения (в том, что касается цены или качества) ситуации для отдельных групп потребителей после осуществления деятельности, подрывающей конкуренцию (фактические последствия). Также это может относиться к ситуациям, когда нет наблюдаемых признаков воздействия последствий на потребителей, но есть «непротиворечивая теория вреда для потребителей», которая эмпирически подтверждается: т.е., «теория вреда должна находиться в соответствии с фактическими наблюдениями» (подтверждение на основе предположения) и «итоговые рыночные показатели должны находиться в соответствии с прогнозами теории» (подтверждение по факту).⁹⁹ Цель теории вреда заключается в установлении причинной связи между конкретной деятельностью и ущербом для потребителей. Можно рассуждать в категориях вероятностного высказывания, т.е. оценки «логической правильности» этой связи, или в категориях относительного правдоподобия версии причинения вреда конкретным потребителям.

Использование статического и динамического подходов в оценке последствий деятельности на потребителей требует более значительных затрат труда, когда применяется стандарт совокупного благосостояния и не делается упор на конкретную категорию участников. Возвращаясь назад к нашему предыдущему обсуждению противоречия между статической и динамической эффективностью, можно предположить, что увеличение НИОКР не обязательно приводит к социально оптимальным инновациям, поскольку фирмы могут иметь слишком сильный стимул (по отношению к тому, что является социально оптимальным) в виде стремления к замене собой других фирм («эффект похищения бизнеса»)¹⁰⁰ Как отмечалось в отчете по инновациям и динамической эффективности, выполненном по поручению Канадского управления по вопросам конкуренции, «потребители не извлекают выгоды из дополнительных инвестиций в НИОКР, если только эти инвестиции не приводят к повышению вероятности разработки новых продуктов или снижению стоимости существующих продуктов».¹⁰¹ Другими словами, важно уделять внимание не НИОКР, а процессу осуществления инноваций и его результатам. Однако с точки зрения совокупного благосостояния, издержки потребителей, в связи с увеличением инновационной активности, являются только одним компонентом анализа, тогда как другим являются прибыли предприятий, возникающие благодаря долгосрочной деятельности в области НИОКР. Таким образом, даже в случае чрезмерных инвестиций

96 Для ознакомления с критическим анализом см: Дианел М. Хаусман (Diane M. Hausman). «Предпочтение, ценность, выбор и благосостояние» ('Preference, Value, Choice, и Welfare'). (Кембридж Университи Пресс 2012 (Cambridge University Press 2012). С 31-33; главным защитником этой теории считается Кеннет Г. Бинмор (Kenneth G Binmore); Теория игр и социальный контракт: честная игра (Game Theory and the Social Contract: Playing Fair). (Эм-Ай-Ти пресс. 1994 (MIT Press 1994).

97 Эльдар Шариф (Eldar Shafir), Итамар Симонсон (Itamar Simonson) и Эймос Тверски (Amos Tversky). «Мотивированный выбор» ('Reason-Based Choice'). 1993.Сер. Cognition. Т. 49. С 11, 21.

98 Там же, с. 34.

99 Пенелопа Папандопулос (Penelope Papandropoulos). «Применение подхода, основанного на последствиях, в соответствии со статьей 82» ('Implementing an effects-based approach under Article 82'), 1998. Concurrences 1, 3.

100 Тепперман (Tepperman) и Сандерсон (Sanderson) (см. сноски 93), с. 8.

101 Там же, с. 9.

в НИОКР, направленных на социально оптимальные инновации, переход признается эффективным, если рентабельность фирмы в результате этих НИОКР возрастает, оставляя потенциальную возможность компенсировать потери потребителей.¹⁰²

В судебной практике европейских судов и практике принятия решений европейской комиссии время от времени анализируется важный вопрос, суть которого сводится к тому, являются ли законодательство и политика в области защиты конкуренции целью законодательства ЕС или они также служат средствами развития других целей законодательства ЕС. Изначально законодательство и политика в области защиты конкуренции были задуманы как средства содействия цели формирования общего (международного) рынка. Эта «внешняя» цель конкурентной политики может объяснить телеологическое и расширительное толкование положений конкурентного законодательства Договора, которым руководствовались европейские суды в ряде дел против частной или государственной деятельности, ставящей барьеры на пути торговли и ограничивающей конкуренцию.¹⁰³ Цель, которой являлось объединение рынков, оказывала влияние на толкование положений конкурентного законодательства Договора также в недавней практике судов.¹⁰⁴

В. Взаимодействие законодательства о защите конкуренции и интеллектуальной собственности: принципы

1. Тезис «единого поля» и постоянство конфликтов

Даже если согласиться с мнением, что законодательство об интеллектуальной собственности и законодательство о защите конкуренции преследуют общую цель в виде экономического благосостояния, все равно между ними могут иметь место конфликты. В основном это происходит в ситуациях, связанных с кумулятивными инновациями, и, когда интеллектуальная собственность используется стратегически для того, чтобы убрать конкурентов и причинить вред потребителям.

а. Законодательство о защите конкуренции, права интеллектуальной собственности и общая цель - экономическое благосостояние

Предоставляя исключительное право, закон об интеллектуальной собственности предоставляет правообладателю возможность получить сверхприбыли. Потребители конкретного товара, на который распространяется право интеллектуальной собственности, понесут вследствие этого потери, поскольку уровень производства этого товара будет ниже, чем был бы в случае отсутствия исключительного права. Противоречие между интеллектуальной собственностью и политикой в области конкуренции оказывается еще более значительным, если политика в области конкуренции к тому же направлена на максимальное повышение благосостояния потребителей путем ограничения перевода денег от потребителей обладателю прав ИС. Однако, если владелец ИС лишен возможности завышения цены на свой продукт, у него изначально будет недостаточно стимулов выделять ресурсы для инвестиций. В отсутствие прав интеллектуальной собственности продукт бы просто не существовал, и потребители оказались бы в выигрыше от меньших инноваций.

Не вполне ясно, какую область охватывает понятие «инновации», но я толкую его широко, как нечто, имеющее отношение к «изменению в экономике» или развитию, и, что создается не в результате стихийной эволюции нужд потребителей, а порождается производителями. Согласно экономисту Джозефу Шумпетеру (Joseph Schumpeter) это понятие распространяется на следующие пять случаев:

«(1) создание нового товара – т.е. товара, с которым потребители еще не знакомы – или нового качества товара.

¹⁰² Подход, связанный с совокупным благосостоянием, может включать также рассмотрение возможных последствий инноваций на многие рынки сразу, учитывая не только последствия для поставщиков и потребителей, присутствующих на конкретном затрагиваемом рынке, и выполнять, таким образом, определенный анализ равновесия. Общий анализ равновесия имеет своим предметом экономику в целом и изучает экономические изменения на всех рынках экономики сразу.

¹⁰³ См. Дело: 56 и 58/64, Consten & Grundig v Commission [1966] // Сб. решений Европейского суда (ECR), 299, применение ст. 85 Договора ЕС (теперь ст. 101 Договора о функционировании Европейского союза) к дистрибьюторской деятельности, устанавливающей вертикальные ограничения для конкуренции.

¹⁰⁴ См. объединенные дела C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission [2009], сборник решений Европейского суда (ECR), часть I, с. 929 (установлено, что двойная система цен, ограничивающая возможности параллельной торговли, препятствовала конкуренции в силу своей цели согласно ст. 101 Договора о функционировании Европейского союза); См. также объединенные дела C-468/06 - 478/06, Sot. Lelos kai Sia v GlaxoSmithKline [2008], сборник решений Европейского суда (ECR) (в этом деле суд проанализировал, подпадает ли под действие ст. 102 Договора о функционировании Европейского союза отказ снабжения оптовых торговцев, участвующих в параллельном экспорте. Суд безоговорочно признал, что определенные типы поведения, такие, как ограничение параллельной торговли, предположительно антиконкурентны, поскольку подрывают цель Договора, каковой является объединение национальных рынков через создание единого рынка); Дело 13/77, INNO / ATAB (1977) // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 2115 (расширение действия положений конкурентного законодательства Договора на государственные ограничения конкуренции).

(2) Создание нового метода производства, т.е. метода, еще не проверенного на практике в соответствующей производственной отрасли, который никоим образом не нуждается в том, чтобы в его основе лежало новое научное открытие, и может также существовать в виде нового способа обращения с товаром с коммерческой точки зрения. (3) Открытие нового рынка, на котором ранее не присутствовала конкретная производственная отрасль соответствующей страны, независимо от того, существовал ли этот рынок ранее. (4) Получение нового источника снабжения сырьем или полуфабрикатами, независимо от того, существовал этот источник ранее или был создан впервые. (5) Проведение обновления организации какой-либо промышленности [...].»¹⁰⁵

Однако не все типы инноваций подлежат защите при помощи прав интеллектуальной собственности при таком анализе, а только те, ценность которых для потребителей более важна, чем стоимость защиты ИС.

Поэтому важно сбалансировать соответствующее влияние на благосостояние потребителей законодательства о защите конкуренции и интеллектуальной собственности. Нахождение компромисса между долгосрочным влиянием прав интеллектуальной собственности на стимулы к инновациям и их кратковременным влиянием на объем производства и цену является, однако, нелегкой задачей. Действительно в теории законодательство об интеллектуальной собственности делает больший упор на долгосрочное влияние, тогда как в законодательстве о защите конкуренции основное внимание уделяется краткосрочному влиянию практики ведения бизнеса на «благосостояние потребителей».

Это не означает, что законодательство о защите конкуренции не учитывает долгосрочное влияние крупных инноваций на экономическое благосостояние.¹⁰⁶ Указания Европейской комиссии по применению ст. 81(3) Договора анализируют влияние конкретного соглашения

на инновации,¹⁰⁷ включая также динамическую эффективность в качестве компенсирующего фактора для соглашения, которое, ограничивая объем производства и повышая цены, было бы в противном случае антиконкурентным.¹⁰⁸ Применяемая комиссией «проверка сбалансированности» имеет своей целью обеспечить, чтобы «качественно эффективные нововведения», такие как новые и усовершенствованные продукты, создавали «для потребителей ценность, достаточную для компенсации антиконкурентного влияния соглашения, включая повышение цены».¹⁰⁹ Это связано с тем, что наличие новых и усовершенствованных продуктов является важным источником выгоды для потребителей.¹¹⁰ Однако оценка видов влияния, способствующих и препятствующих конкуренции, является сложной задачей, поскольку сложно точно определить значения динамических эффективностей для того, чтобы провести сравнительный анализ и оценить влияние практик ведения бизнеса на «благосостояние потребителей».¹¹¹

Какое значение имеет сильная защита интеллектуальной собственности для совокупного благосостояния и благосостояния потребителей? В случае предоставления владельцам ИС возможности повышать цены права интеллектуальной собственности могут приводить к снижению объема производства и, следовательно, снижению совокупного благосостояния. Однако динамическая эффективность, приносимая ИС, может в огромной степени компенсировать эти потери. Влияние ИС на благосостояние потребителей является более сложной проблемой и зависит от того, в какой степени «монополистические» выгоды, порождаемые исключительным правом обладателя ИС, перейдут к потребителям тем или иным способом. Это необязательно принимает форму снижения цен, но может также иметь форму более высокого качества, новых продуктов или услуг и расширения выбора для потребителя.

б. Интеллектуальная собственность, конкуренция и кумулятивные инновации

Система сильной защиты ИС может, тем не менее, причинять вред потребителям в долгосрочной перспективе путем ограничения кумулятивных инноваций. Эта ситуация порождает два вопроса: важность кумулятивных инноваций для экономического благосостояния и соотношение между инновациями и структурой рынка, поскольку утверждение, что конкурентная структура порождает больше инноваций, чем концентрированная, не всегда справедливо.

¹⁰⁵ Шумпетер (Schumpeter) (см. сноску 6), 66. Европейская комиссия также, по-видимому, одобряет это широкое определение понятия «инновации» в своей изданной в 1995 г. «Зеленой книге по инновациям» (Green Paper on Innovation), документ Европейской комиссии (COM) № 688 от 1995 г., окончательная редакция (Комиссия дала определение инновациям как «обновление и расширение ассортимента продуктов, услуг и соответствующих рынков; внедрение новых методов производства, поставки и распространения; внедрение изменений в менеджмент, организацию работы, условия работы и практические навыки рабочей силы»).

¹⁰⁶ См. Уведомление Комиссии (Commission Notice)- «Указания по применению ст. 81 Договора ЕС к соглашениям о передаче технологий» (Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements). 2004 // Официальный журнал ЕС (OJ) C 101/2. («оба законодательства имеют одну общую цель содействия благосостоянию потребителей и эффективного распределения ресурсов. Инновации составляют важный и динамичный компонент открытой и конкурентной рыночной экономики. Права интеллектуальной собственности способствуют динамичной конкуренции, создавая стимул для предприятий инвестировать средства в разработку новых или усовершенствованных продуктов и процессов. Ту же задачу выполняет конкуренция, оказывая на предприятия давление в виде необходимости инноваций. Таким образом, для содействия инновациям и их конкурентного использования необходимы как права интеллектуальной собственности, так и конкуренция»).

¹⁰⁷ Указания по применению статьи 81(3) Договора [2004] // Официальный журнал ЕС (OJ) C101/97, §24-25.

¹⁰⁸ Там же, § 70.

¹⁰⁹ Там же, § 102.

¹¹⁰ Там же, § 104.

¹¹¹ Там же, § 103.

Как мы ранее поясняли, различают два типа инноваций: «автономные инновации», которые имеют место в ситуации, если права интеллектуальной собственности не будут использоваться как основа для других инноваций, и «кумулятивные инновации», которые имеют место, если очередные инновации создаются на основе более ранних инноваций. Широко признано, что кумулятивные инновации существенно увеличивают общественную стоимость. Органы государственной власти признают этот факт, который выражается в создании инновационных комплексов, таких, как Силиконовая долина в США, обеспечивающих возможность обмена информацией и взаимодействия в сфере научных исследований.¹¹²

Кумулятивные инновации могут иметь различные формы: либо изобретение второй инновации невозможно без первой, либо первая инновация снижает стоимость достижения второй, либо, наконец, первая инновация ускоряет разработку второй за счет предоставления новых инструментов исследований.¹¹³ Общественная стоимость инновационного процесса в каждой из этих форм распределяется неравномерно между первым и вторым новатором. Важно найти правильный механизм стимулирования для того, чтобы обеспечить достаточную компенсацию для предшествующих новаторов, закладывающих основу для последующих новаторов, обеспечив при этом, чтобы кумулятивные новаторы все еще имели стимул для инвестиций. Поэтому исходный замысел прав интеллектуальной собственности должен учитывать необходимость компенсации, как первоначальных, так и последующих новаторов.

Однако на практике при разработке исходных прав интеллектуальной собственности невозможно заранее учесть все возможности кумулятивных инноваций. По определению кумулятивные инновации еще не существуют на момент предоставления прав интеллектуальной собственности первоначальному новатору. Столкнувшись с желанием последующих новаторов использовать инновацию первого поколения, обладатели ИС оказываются перед стратегическим выбором: они либо поддерживают кумулятивную инновацию, либо отказываются выдавать лицензии на свои изобретения и, таким образом, блокируют инновацию. Заинтересованность в отказе может возникать только, если кумулятивный новатор может создать конкуренцию на рынке продукта второго поколения или на рынке продукта первого поколения, на который распространяются права интеллектуальной собственности. Это косвенно затрагивает потребителей, поскольку при условии отсутствия кумулятивной

инновации они не смогут получить выгоду от новых продуктов и услуг. Однако, отказывая в выдаче лицензии на права интеллектуальной собственности, обладатели прав на продукт первого поколения подвергают себя риску разработки в будущем конкурентами конкурентной технологии, которая составит альтернативу инновации первого поколения.

Следует, кроме того, отметить, что исходный вариант прав интеллектуальной собственности также влияет на позволяющую торговаться позицию сторон при заключении лицензионного соглашения. Обычно обладатель прав ИС бывает незаинтересован в отказе выдачи лицензии. Имеется важный пласт литературы, где поясняется, что в секторах высоких технологий, конкуренты обычно делятся информацией, публикуя результаты своих исследований, и, не прибегают систематически к охране интеллектуальной собственности для того, чтобы выделить часть общественной стоимости, созданной кумулятивной инновацией.¹¹⁴ Выгоды, которые первоначальный изобретатель может извлечь из кумулятивной инновации через лицензирование, значительны.

Тем не менее, собственные интересы обладателя прав ИС не всегда совпадают с целью развития кумулятивной инновации. В таких обстоятельствах можно ожидать, что владельцы прав интеллектуальной собственности предпочтут исключить конкуренцию. Одного лишь факта отказа в выдаче лицензии, чтобы устранить конкурентов с рынка, недостаточно для нарушения законодательства о защите конкуренции. Важно также сформулировать правдоподобную теорию антиконкурентного влияния.

с. Монопольные теории антиконкурентного влияния и права интеллектуальной собственности

Экономисты выдвинули ряд теорий антиконкурентного влияния, объясняющих, почему даже односторонняя деятельность может вызывать вопросы со стороны законодательства о защите конкуренции. Эти теории даже при том, что они применяются к различным условиям, доказывают, что антиконкурентное влияние может усиливаться в присутствии прав интеллектуальной собственности, если эти права используются стратегически для того, чтобы контролировать какую-нибудь сеть и в результате ограничивать конкуренцию и инновации. Мы делаем здесь упор на виды деятельности, которые создают антиконкурентное влияние и причиняют вред потребителям путем устранения конкурентов, поскольку как антitrustовское законодательство США, так и законодательство ЕС о защите конкуренции распространяется на такие виды деятельности. Некоторые законодательные системы (такие как законодательство ЕС о защите конкуренции) распространяются также на так называемые

¹¹² Анализ модели Силиконовой долины в разработке системы производства см. в публикации Масахико Аоки (Masahiko Aoki) «К сравнительному институциональному анализу» ('Towards a Comparative Institutional Analysis') (Эм-Ай-Ти пресс 2001) (The MIT Press 2001). С. 347.

¹¹³ Сюзанн Скотчмер (Suzanne Scotchmer) «Стоящие на плечах гигантов: защита кумулятивных новаторов» ('Standing on the Shoulders of Giants: Protecting Cumulative Innovators') // Сюзанн Скотчмер (Suzanne Scotchmer). «Инновации и стимулирование» ('Innovation and Incentives'). Эм-Ай-Ти Пресс. 2005. (MIT Press 2005). С. 139.

¹¹⁴ Йочай Бенклер (Yochai Benkler) «Пингвин Коуза или Linux и природа фирмы» ('Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm'). 2002 // Юридический журнал Йельского университета (Yale Law Journal). №112. С. 369.

злоупотребления рыночной властью (*exploitative abuses*), т.е. те виды деятельности, которые напрямую причиняют вред потребителям, не устраняя при этом конкурентов (например, чрезмерно завышенные цены, ценовая дискриминация).

(i) Теория монопольного рычага (*leverage theory*)

Одной из наиболее спорных доктрин антиконкурентного влияния является теория монопольного рычага, которая объясняет, что путем отказа в выдаче лицензии, монополисты стремятся распространить свое монопольное рыночное господство на нижестоящий взаимосвязанный рынок.¹¹⁵ Эта теория подверглась критике со стороны антитрестовских экономистов Чикагской школы, которые доказывают, что вышестоящий монополист незаинтересован в распространении своей монопольной власти на соответствующий рынок, поскольку в итоге возможно получение только одной монопольной прибыли (теорема одной монопольной прибыли).¹¹⁶ В результате теория монопольного рычага теряет свою привлекательность в качестве автономного базиса для действия в Соединенных Штатах Америки,¹¹⁷ хотя все еще сохраняет некоторое значение в Европе.¹¹⁸

Тем не менее, в последнее время произошел пересмотр экономической основы этой теории. Уинстон (*Whinston*) подверг критике допущения Чикагской школы и доказал, что при определенных обстоятельствах монополист на рынке А может придерживаться стратегии монопольного распространения, реализуемой путем использования практики навязывания сопутствующих товаров под видом благих целей, для того, чтобы дать сигнал своим существующим или потенциальным конкурентам на нижестоящем рынке В, что они столкнутся с агрессивным конкурентным поведением, которое в конечном счете приведет к снижению их прибылей.¹¹⁹ В результате потенциальные конкуренты теряют мотивацию выхода на рынок или уходят с него, если уже присутствовали на нем. Такая стратегия приносит эффект, если навязанные товары являются товарами, сопутствующими в определенной пропорции товарам на рынке А.

Чой (*Choi*) и Стефанидис (*Stefanadis*) также разработали модель, в которой компания-старожил может быть

заинтересована в распространении своей монополии с одного рынка на другой, если два продукта являются сопутствующими, и новый участник может эффективно выйти на рынок для сбыта одного или двух продуктов только в том случае, если он имел успешные инновации на обоих рынках.¹²⁰ Таким образом, кумулятивным новаторам не удается получить общественную стоимость от своей инновации на одном рынке до реализации ими инновации на втором рынке. Это уменьшает их стремление изначально заниматься инновацией с учетом того, что стратегия главенствующей фирмы состоит в том, чтобы предупредить появление кумулятивной инновации.

(ii) Доктрина жизненно важных средств

Доктрина жизненно важных средств возникла на основе теории монопольного рычага, но обладает своими определенными особенностями. Это правовая доктрина, сформулированная на основе некоторых ранних судебных решений в США, согласно которым фирмы при определенных обстоятельствах обязаны оказывать помощь своим конкурентам.¹²¹ Хотя эта доктрина никогда однозначно не признавалась Верховным судом США, низшие суды сформулировали ряд условий для применения доктрины в виде требования к истцу доказать следующие четыре элемента: (1) контроль жизненно важного средства монополистом; (2) неспособность конкурента практически или за разумную цену дублировать жизненно важное средство; (3) отказ конкуренту в праве использовать жизненно важное средство; (4) возможность предоставления жизненно важного средства.¹²² Недавно Верховный суд изолировал доктрину жизненно важных средств и, по-видимому, использование этой доктрины в законодательстве США выходит из употребления.¹²³ Поскольку монополист контролирует жизненно важное средство (иногда называемое бутылочным горлышком), он обладает возможностью распространять свое монопольное

¹²⁰ Джей П. Чой (*Jay P. Choi*), «Упреждающие НИОКР, исчезновение ренты и теория монопольного рычага» (*Preemptive R&D, Rent Dissipation and Leverage Theory*). (1996). // *Ежеквартальный журнал экономики* (*Quarterly Journal of Economics*), № 110, 1153; Джей П. Чой (*Jay P. Choi*) и Х. Стефанидис (*C. Stefanadis*). «Навязывание товаров, инвестиции и теория динамического монопольного рычага» (*Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory*). 2001 // *Журнал экономики корпорации Rand* (*Rand Journal of Economics*). № 32. С. 52.

¹²¹ Дело *United States v. Terminal R.R. Ass'n* // Сб. судебных решений US. Т. 224. С. 383 (1912 г.); дело *Associated Press v. United States* // Сб. судебных решений US. Т. 326. С. 1 (1945 г.); дело *Otter Tail Power Co. v. United States* // Сб. судебных решений US. Т. 410. С. 366 (1973 г.) (хотя Верховный суд США никогда однозначно не признавал эту теорию).

¹²² Дело *MCI Communications Corp. v. AT&T* // Сб. решений федеральных апелляционных судов F. Т. 708. Сер. 2. С. 1081, 1132–1133 (ап. суд. по 7 округу 1983) (дело MCI)

¹²³ См., например, позицию Верховного суда в деле *Trinko* (см. сноску 117). Суд отметил, что наложение обязательства совершить сделку сопряжено с несколькими проблемами, и, что касается доктрины жизненно важных средств, то «в данном случае нет необходимости ни признавать ее, ни отвергать», и, что доктрина применяется, если доступ отсутствует. В применении доктрины не было необходимости, поскольку в 1996 г. обязанность выделения доступа уже была регламентирована Законом о телекоммуникациях. Некоторые низшие суды, тем не менее, продолжали применять доктрину жизненно важных средств после вынесения решения по делу *Trinko*.

влияние с «одного этапа производства на другой».¹²⁴ В соответствии с доктриной жизненно важных средств вертикально интегрированный монополист обязан делить определенный вход на вертикально связанный рынок с кем-то еще, кто ведет там деятельность. Это требование правомочно только, если монополист реально способен предоставить средство, конкурент не способен дублировать средство или сделать это за разумную цену, отказ в праве использовать средство лишит конкурента жизненно важного входа, тем самым позволяя господствующей фирме распространить свою монопольную власть на соответствующий рынок. В практике применения законодательства ЕС о защите конкуренции Комиссия впервые использовала концепцию «жизненно важных средств» в некоторых решениях по временным мерам, включающим открытие портовых сооружений для конкуренции.¹²⁵

Под жизненно важным средством подразумевается такое средство, доступ к которому жизненно важен для поставки товаров или услуг на соответствующий рынок, и дублировать которое новому участнику экономически нецелесообразно или невозможно. Это понятие выходит за рамки инфраструктуры (железные дороги, включая пути и станции; аэропорты, включая распределение временных интервалов; наземные подъемно-транспортные услуги; сети распределения энергоносителей, например, электрические провода и газопроводы; автобусные станции; порты) и включает компьютерные системы бронирования авиабилетов и в некоторых случаях права интеллектуальной собственности. Существует определенная дискуссия в отношении практического использования этой доктрины и ее добавленной стоимости с учетом довольно интервенционистского подхода органов по надзору за конкуренцией и судов в Европе к наложению обязательств на совершение сделок по сравнению с Соединенными Штатами Америки. Некоторые авторы зашли настолько далеко, что анализируют всю судебную практику европейских судов по односторонним отказам от сделок через призму доктрины жизненно важных средств.¹²⁶

В отличие от традиционной теории монопольного рычага доктрина жизненно важных средств имеет структурную, а не поведенческую составляющую в том смысле, что «ответственность скорее определяется статусом монополиста (как владельца какого-либо средства) и конкурента рынке, зависящем от этого средства), а не конструктивностью его поведения».¹²⁷ Область

применения доктрины жизненно важных средств распространена на широкий круг «средств», которыми владеет или которые контролирует монополист. Вопрос о том, можно ли рассматривать права интеллектуальной собственности как «жизненно важное средство», будет пояснен ниже в этой публикации. Однако комментаторы, по видимому, подвергают все большему сомнению полезность доктрины жизненно важных средств как веского основания для ответственности по антитрестовскому законодательству,¹²⁸ и недавняя судебная практика в Соединенных Штатах Америки наложила важные ограничения на ее использование.¹²⁹ Доктрина, тем не менее, все еще сохраняет некоторое значение в Европе.¹³⁰

(iii) Повышение расходов конкурентов

Отдельная теория антиконкурентного влияния связана с тем, что господствующие фирмы могут использовать права интеллектуальной собственности для создания барьеров выходу на рынок и повышения расходов своих конкурентов.¹³¹ В результате им удается выгодно повысить свои цены до уровня возросших цен конкурентов и проявить рыночную власть или выгодно срезать цены конкурентов и убрать их с рынка. Права интеллектуальной собственности могут упрощать воплощение стратегий повышения расходов конкурентов, если эти права распространяются на технологию, являющуюся важным достижением.

Рабинфельд (Rubinfeld) и Манесс (Maness) подчеркивают, что владельцы ИС могут использовать свой портфель ИС стратегически для того, чтобы повысить расходы своих конкурентов путем создания «скопления патентов» (patent thicket), включающего патенты, действительность которых под вопросом («подводные патенты»), или путем применения стратегии «патентного наводнения», когда «фирма регистрирует множество патентных заявок на незначительные изменения в существующую технологию конкурента».¹³² Согласно тем же авторам преимущество

¹²⁴ Дело MCI (см. сноску 122).

¹²⁵ Дело Sea Containers v Stena Sealink [1994] // Официальный журнал ЕС (OJ) L15/8; см. также: Дело B&I Line plc v Sealink Harbours Ltd и Sealink Stena Ltd [1992] // Судебные решения общего рынка (CMLR). С 255.

¹²⁶ См., Джон Темпл Ланг (John Temple Lang). «Определение легитимности конкуренции: обязанности компаний по снабжению конкурентов и доступ к жизненно важным средствам» ('Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities). 1994 // Юридический журнал Университета Фордхэм (Fordham International Law Journal). № 18(2). С 437.

¹²⁷ Герберт Дж. Ховенкам (Herbert J Hovenkamp), Марк Д. Джейнис (Mark D Janis) и Марк А. Лемли (Mark A Lemley). «Односторонние отказы

в выдаче лицензий в США» ('Unilateral Refusals to License in the US') // Франсуа Левекю (François Lévêque) и Говард Шелански (Howard Shelanski) (редакторы). «Антитрестовское законодательство, патенты и авторское право - перспективы в Европе и США» ('Antitrust, Patents and Copyright - EU and US Perspectives') (Эдвард Элган, 2005) (Edward Elgar, 2005), 12 и 18.

¹²⁸ См. Абботт Б. Липски (Abbott B Lipsky) и Грегори Дж. Сидак (Gregory J Sidak) «Жизненно важные средства» ('Essential Facilities'). 1999 // Правовой обзор Стэнфордского университета (Stanford Law Review). № 51. С 1187, 1191. 1192.

¹²⁹ Герберт Дж. Ховенкам (Herbert J Hovenkamp), «Федеральная антитрестовская политика» «Federal Antitrust Policy», 3-е изд., Томсон/Вест (Thomson/West). 2005. С 309-314.

¹³⁰ Дело C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG [1998] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. I. С. 7791.

¹³¹ Томас Г. Краттенмейкер (Thomas G Krattenmaker) и Стивен К. Салоп (Steven C Salop). «Устранение конкурентов: повышение расходов конкурентов для достижения власти над ценами» ('Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price'). 1986 // Юридический журнал Йельского университета (Yale Law Journal), № 96, 209.

¹³² Даниэль Л. Рабинфельд (Daniel L Rubinfeld) и Роберт Манесс (Robert Maness) «Стратегическое использование патентов: поводы для применения антитрестовского законодательства» ('The Strategic Use of Patents: Implications for Antitrust') // Левекю (Lévêque) и Шелански

этих стратегий заключается в том, что «достижение долгосрочной цели ослабления рыночной конкуренции достигается ценой незначительного краткосрочного снижения прибыли или вообще без такого снижения».¹³³ При этом такие стратегии могут приводить к ряду антиконкурентных последствий, таких, как лишение конкурентов прибыли, демпинг и негласный сговор. В действительности конкуренты оказываются перед лицом трудного выбора: они либо должны оспаривать действительность патентов в суде, либо получить лицензию и выплачивать вознаграждение, либо, в конечном итоге, им придется создавать альтернативное решение для обхода патента.¹³⁴ Все эти действия ведут к увеличению их расходов, снижению стимулов к инновациям и содействуют практике сговоров, поскольку в большинстве случаев обсуждение ведет к антиконкурентному улаживанию патентного спора¹³⁵ и кросс-лицензированию.¹³⁶ Владелец ИС может также предложить своим конкурентам заранее подготовленный пакет лицензий (комплексное лицензирование) даже, если эти конкуренты не нуждаются в полном пакете. Это приводит к ограничению возможностей выбора для конкурентов и снижению у них стимула к инновациям, что ограничивает конкуренцию на рынке готовой продукции.

(iv) Сохранение монопольного положения

Теории антиконкурентного влияния, изложенные в этом разделе, относятся к стратегиям, разрушающим конкурентные преимущества конкурентов монополиста на взаимосвязанном рынке с целью распространения рыночной власти монополиста на этот взаимосвязанный вторичный рынок. Альтернативный вариант антиконкурентного влияния сводится к тому, что господствующая фирма стремится сохранить свою монопольную власть на первичном рынке технологии, защищенной правами интеллектуальной собственности. Такое сохранение монопольных притязаний обычно интегрируется в последовательную инновационную схему.¹³⁷

(Shelanski) (редакторы) (см. сноску 127). С. 85.

¹³³ Там же, с. 87.

¹³⁴ Там же, с. 97.

¹³⁵ Герберт Дж. Ховенкамп (Herbert J Hovenkamp), Марк Д. Джейнис (Mark D Janis) и Марк А. Лемли (Mark A Lemley) «Антиконкурентное улаживание споров об интеллектуальной собственности» ('Anticompetitive Settlement of Intellectual Property Disputes'). (2003), Правовой обзор Миннесоты (Minnesota Law Review). № 87. 1719.

¹³⁶ Кросс-лицензирование также может иметь антиконкурентные последствия: Адам Б. Джаффи (Adam B Jaffe) и Джош Лернер (Josh Lerner). «Инновации и связанное с ними недовольство: как разрушенная патентная система создает угрозу для инноваций и прогресса, и, что с этим делать?» ('Innovation and Its Discontents: How are Broken Patent System is Endangering Innovation and Process, and What to Do About it'). Изд-во Принстонского университета. 2004. (Princeton University Press 2004). С 60.

¹³⁷ Деннис У. Карлтон (Dennis W Carlton) и Майкл Уолдман (Michael Waldman). «Стратегическое использование навязывания ассортимента для сохранения и создания рыночной власти в развивающихся промышленных отраслях» ('The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries'). 2002 // Журнал экономики корпорации Rand (Rand Journal of Economics). № 33. С. 194; Чой (Choi) и Стефанадис (Stefanadis) (см. сноску 120).

Карлтон (Carlton) и Перлофф (Perloff) приводят пример состоящей из двух периодов ситуации с фирмой, осуществляющей свою деятельность на первичном рынке и рынке для сопутствующего товара. В этом примере фирма, благодаря наличию патента, занимает в первый период господствующее положение на первичном рынке. Однако во второй период монополист-старожил сталкивается с риском выхода на первичный рынок альтернативного производителя. Согласно модели авторов, альтернативный производитель выпускал превосходящий по качеству сопутствующий продукт, как в первый, так во второй периоды, но его первичный продукт сравнивался по качеству только во время второго периода.

Стратегия альтернативного производителя должна сводиться к тому, чтобы использовать прибыль от продаж, полученную на рынке сопутствующего продукта, для того, чтобы покрыть постоянные издержки выхода на первичный рынок. Монополист-старожил может в ответ увеличить стоимость выхода своего конкурента на рынок сопутствующего товара. Для достижения этой цели ему потребуется привязать первичный продукт к сопутствующему продукту. В результате выход альтернативного производителя на первичный рынок во второй период будет остановлен. Цель этой стратегии состоит не в том, чтобы распространить монопольную власть на рынок сопутствующего товара, а в том, чтобы просто сохранить рыночную власть на первичный продукт, защищенный правами интеллектуальной собственности. Следствием этого становится снижение инноваций на рынках, как первичного, так и сопутствующего продуктов.

Эти различные модели показывают, что при определенных обстоятельствах владельцы прав интеллектуальной собственности оказываются заинтересованы в сдерживании непрерывного инновационного процесса, который может сделать их технологический стандарт устаревшим.¹³⁸ Подобного рода ситуация обостряется в сфере создания сетей, поскольку правообладатели ИС заинтересованы в злоупотреблении своим положением, чтобы контролировать стандарт сети.¹³⁹ Такое поведение позволяет им не только окупить свои инвестиции, но и получить полную стоимость сети. Действительно, стоимость сети возрастает по мере укрупнения сети и увеличения числа фирм, входящих в нее. Таким образом, обладатель ИС имеет возможность получить стоимость, которая была создана другими участниками сети. Цель прав интеллектуальной собственности

¹³⁸ Деннис У. Карлтон (Dennis W Carlton) и Роберт Г. Гертнер (Robert H Gertner). «Интеллектуальная собственность, антitrustовское и стратегическое поведение» ('Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behavior') // Сб. рабочих документов NBER, документ 8976, доступен по адресу < <http://www.nber.org/papers/w8976> > (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.).

¹³⁹ Герберт Дж. Ховенкамп (Herbert J Hovenkamp). «Антitrustовская инициатива - принципы и реализация» ('The Antitrust Enterprise—Principle and Execution'). Изд-во Гарвардского университета, 2005 (Harvard University Press, 2005). С 277-304.

сводится к компенсации затрат на изобретательскую работу обладателя ИС и к тому, чтобы не отдавать непредвиденную прибыль.

Такие антиконкурентные последствия возможны только, если обладатель ИС имеет монопольную власть. Это является важным фактором, поскольку предоставление прав интеллектуальной собственности имеет своей основной целью наделение обладателя ИС возможностью повышать цены. Законодательство о защите конкуренции, напротив, ограничивает использование монопольной власти.

2. Упор на анализ статической аллокационной эффективности в законодательстве о защите конкуренции

а. Права ИС не являются монополиями

История развития прав ИС выявляет тот факт, что их понимание как «права собственности» сложилось относительно недавно.¹⁴⁰ Можно упомянуть, например, что патенты изначально считались монопольными привилегиями, которые суверен предоставлял своим сторонникам и фаворитам в награду за преданность.¹⁴¹ Избыток таких дарованных неоправданных привилегий приводил ко все большему беспокойству судов и законодательной власти, которые добивались создания барьеров для таких проявлений «королевской прерогативы».

В деле *Darcy против Allein*, решение по которому было вынесено в 1602 г.,¹⁴² отделение королевской скамьи Высокого суда, налагая ограничения на торговую доктрину, посчитала, что предоставление исключительной привилегии наносит ущерб каждому, кто хочет использовать продукт, т.к. монополист будет поднимать цену, снижать качество товаров и «лишать других работников средств к существованию».¹⁴³ Однако суд сделал исключение из запрета для патентов с ограниченным сроком действия. Эта норма была включена в Закон о предоставлении монополий в 1623 г., который запретил все монополии, но прямо исключил из запрета патенты, предоставленные первому изобретателю или изобретателям новых товаров, если эти патенты «не противоречат закону, не вредят государству

путем подъема цен на товары на отечественном рынке или путем причинения вреда торговле и не являются в целом неподобающими».

Противоречие между ограничениями торговой доктрины (которые были ранним предшественником законодательства о защите конкуренции) и тем, что можно рассматривать как первые шаги патентного законодательства, было разрешено путем признания ограниченных обстоятельств, при которых выданные патентные монополии могли оставаться в силе. Интересно отметить, что слово «собственность» не употреблялось, и права интеллектуальной собственности назывались привилегиями. Также считалось, что патенты утрачивали силу всякий раз, когда они поднимали цену на товары «на отечественном рынке». Их создание мотивировалось чисто меркантилистскими соображениями (усиление технического прогресса и экспортной торговли), а отрицательное влияние на цены строго ограничивалось сферой внешней торговлей и зарубежных потребителей.

Термин «собственность» вошел в употребление позднее, когда стало ясно, что в период невмешательства государства в экономику, сменивший эру меркантилизма, должно быть какое-то правомерное обоснование естественных прав для сохранения такого рода монопольной привилегии. Эволюция концепции «монополия», тем не менее, ограничила риски конфликта между законодательством о защите конкуренции и интеллектуальной собственностью. В результате подоплека риторики на тему «прав собственности» ослабла.

Использование термина «собственность» еще не подразумевает абсолютной неподсудности по антитрестовскому законодательству.¹⁴⁴ Одним из атрибутов прав собственности является исключительность. Исключительность подразумевает, что владелец собственности вправе исключить других из осуществления его прав пользования без разрешения. Право исключения также являлось краеугольным камнем юридического понятия «монополия» до закрепления более экономически проработанного понятия рыночной власти. Действительно, в период наиболее активного применения антитрестовского законодательства, который начался в Соединенных Штатах Америки в 30-х годах прошлого века, и даже еще ранее, юридическое определение понятия «монополия» все еще преобладало и отличалось от того определения, которое давали этому понятию экономисты.¹⁴⁵ Этот период также отмечен доминирующим влиянием конкурентной логики после периода мирного сосуществования прав

140 Баудвижн Баукерт (Boudewijn Bouckaert). «Что такое собственность?» ('What is Property?'). 1990 // Гарвардский журнал права и публичной политики (Harvard Journal of Law and Public Policy). № 13. С 775.

141 Кристофер Мэй (Christopher May) и Сузан К. Сэлл. «Права интеллектуальной собственности - критическая история» ('Intellectual Property Rights - A Critical History'). Изд-во Линн Рейнер. 2006 (Lynne Reiner. 2006).

142 Дело *Darcy v Allen* (дело монополий) (1602) // Сб. судебных решений отделения королевской скамьи, составленный Муром (Moore (K.B.)), 671.; Английская судебная практика (Eng. Rep.). Т. 77. С. 1260.

143 Майкл Дж. Требилко (Michael J Trebilcock). «Общее право ограничения свободы торговли» ('The Common Law of Restraint of Trade') Свит энд Максвелл 1986 (Sweet & Maxwell. 1986).

144 Рудольф Дж. Перитц (Rudolph J Peritz). «Правило «разумного подхода» в антитрестовском законодательстве: логика собственности в ограничении конкуренции» ('The «Rule of Reason» in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition'). 1989 // Юридический журнал Университета Хастингса (Hastings Law Journal). № 40. С 285, 336.

145 Эдвард С. Мейсон (Edward S Mason). «Монополия в законодательстве и экономике» ('Monopoly in Law and Economics'). 1937 // Юридический журнал Йельского университета (Yale Law Journal). № 47. С. 34.

интеллектуальной собственности и антитрестовского законодательства.

Если считать монополию синонимом исключительного права, тогда владелец патента по определению является монополистом. Если понимать под монополией состояние, порождающее социальные издержки, то в экономике такое состояние имеет место только, «когда кривая спроса имеет отрицательный уклон в области, где осуществляется выпуск товара».¹⁴⁶ Это не всегда справедливо в отношении прав интеллектуальной собственности, поскольку могут существовать замещающие продукты или технологии, на которые не распространяются права собственности и которые могут использоваться потребителями взамен.¹⁴⁷ Обладатели прав интеллектуальной собственности, таким образом, ограничены в своих возможностях назначать монопольную цену, поскольку им приходится также принимать в расчет конкурентное давление, оказываемое конкурирующими продуктами или технологиями.

Ситуацию также можно сравнить с монополистическим конкурентным равновесием, наступающим после некоторого расширения ассортимента продукции. Следовательно, можно видеть, что терминология имеет важное значение.¹⁴⁸ В этом контексте использование понятия экономической ренты более уместно с точки зрения терминологии, чем понятия «монополия», поскольку подчеркивает тот факт, что владелец патента получает выгоду от ценовых преимуществ, позволяющих ему получить больше прибыли, чем конкуренты, но патент не обязательно дает ему возможность ограничения объема производства и, следовательно, проявления монопольной власти.¹⁴⁹

Допущение о том, что право интеллектуальной собственности может дать монопольную власть, потеряло свою силу и, в конечном итоге, было исключено, как из антитрестовского законодательства США,¹⁵⁰ так

и из законодательства ЕС о защите конкуренции.¹⁵¹ Но хотя допущения о том, что права ИС дают рыночную власть, нет, эти права все же могут при интерпретации законодательства ЕС о защите конкуренции привести к выводу о наличии господствующего положения, если предприятие имеет также высокую долю на рынке.¹⁵²

в. Несмотря на то, что права ИС носят характер прав собственности, они не должны давать иммунитета от законодательства о защите конкуренции

Одним из побочных эффектов конфликта между законодательством о защите конкуренции и правами интеллектуальной собственности является необходимость нахождения теоретических обоснований для ввода прав собственности на идеи. Это не первый случай, когда закон об интеллектуальной собственности оказывается в оборонительном положении. Дебаты о «литературной собственности» в 18 веке и «патентная полемика» 19 века, высветившие противоречие между авторским правом и патентами, с одной стороны, и нормами общего права и принципом свободной торговли, с другой стороны, породили важную дискуссию о теоретических основах интеллектуальной собственности.¹⁵³ Из этих истоков ясно, что идея собственности, которая появилась в оба этих периода, сыграла «постфактум роль в легитимации» предоставления прав собственности на идеи. Она также послужила полезной организационной концепцией для всех различных форм прав ИС, которые появились. Во времена, более приближенные к современности, принятие международных договоров об интеллектуальной собственности в рамках ВТО или ВОИС усилило важность прав ИС и одновременно ограничило свободу действий государств в активном применении своих законов о защите конкуренции.¹⁵⁴

С этой точки зрения права ИС, рассматриваемые как форма собственности, имеют высокий уровень уважения и правовой защиты, что может ослабить возможности правоприменения законодательства о защите конкуренции или даже обеспечить иммунитет от него.

146 Эдмунд У. Китч (Edmund W Kitch). «Патенты: монополии или права собственности?» ('Patents: Monopolies or Property Rights?'). 1986: Правовые и экономические исследования (Research in Law and Economics). Т. 8. С. 31, 33.

147 Роджер Э. Мейнерс (Roger E Meiners) и Роберт Дж. Стааф (Robert J Staaf). «Патенты, авторское право и товарные знаки: собственность или монополия?» ('Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly?'). 1990 // Гарвардский журнал права и публичной политики (Harvard Journal of Law and Public Policy). № 13. С 911; Эдмунд У. Китч (Edmund W Kitch). «Элементарные и характерные ошибки в экономическом анализе интеллектуальной собственности» ('Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property'). 2000 // Правовой обзор Университета Вандербилта (Vanderbilt Law Review). № 53. С. 1727, 1734.

148 Хиллари Грин (Hillary Greene). «Послесловие: роль конкурентного сообщества в обсуждении патентного законодательства» ('Afterword: The Role of the Competition Community in the Patent Law Discourse'). 2002 // Журнал антитрестовского законодательства (Antitrust Law Journal). № 69. С. 841, 844.

149 Дам (Dam) (см. сноску 7), с. 250-251. Возможность повышения цен с выгодой для себя и ограничения объема производства также является предпосылкой обретения «исключительной рыночной власти» в ситуациях осуществления стратегий, направленных на рост издержек конкурентов.

150 Дело Illinois Tool Works Inc. v Independent Ink Inc. // Сб. судебных решений US. Т. 547 (2006). Верховный суд отказался от допущения, что

патент дает рыночную власть владельцу патента.

151 Дело 78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Grossmarkete GmbH & Co. [1971] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 487, § 16; объединенные дела C-241/91 и C-242/91 Radio Telefis Eireann v Commission (Magill) // Сб. решений Европейского суда (ECR) [1995]. Ч. I. С. 743. § 46.

152 См. Дело 85/76 Hoffmann-La-Roche v. Commission [1979] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 461. § 42D и 48; Дело T-51/89, Tetra Pak Rausing S.A. v Commission [1990] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. II. С. 309. § 23.

153 О «литературной полемике» см: Мэй (May) и Сэлл (Sell) (см. сноску 141), с. 87-97; Шерман (Sherman) и Бентли (Bently) (см. сноску 7), с. 11. О «патентной полемике» см: Фриц Мейчлап (Fritz Machlup) и Эдит Пенроз (Edith Penrose). «Патентная полемика в 19 веке» ('The Patent Controversy in the Nineteenth Century'). 1950 // Журнал экономической истории (Journal of Economic History). № 10. С. 1.

154 См. статью 31 Соглашения ТРИПС. Ганнс Ульрих (Hanns Ullrich). «Экспансионистская защита прав интеллектуальной собственности и редукционистские нормы конкуренции: перспектива Соглашения ТРИПС» // Кит Маскус (Keith Maskus) (редактор). «Международные общественные блага и передача технологий» ('International Public Goods and Transfer of Technology') (Кембридж Юниверсити Пресс, 2005 (Cambridge University Press 2005). С. 726-757.

Права собственности гарантированы конституцией. В целом они защищены Конституциями государств-членов Евросоюза и первым дополнительным протоколом Европейской конвенции по правам человека (ECHR), которая также является составной частью законодательства Евросоюза. Поэтому риторика «прав собственности» играет важную роль в узаконивании прав ИС и определении формата взаимодействия между интеллектуальной собственностью и конкуренцией с большим сдвигом в пользу прав ИС. Законодательство США имеет некоторые отличия. Конституция дает Конгрессу право создавать патентные и авторские права, не вменяя, однако, это в обязанность.¹⁵⁵ Однако патентное или авторское право после предоставления рассматривается как собственность.

В рассуждениях на тему законодательства о защите конкуренции растет число упоминаний о необходимости установления аналогии между правами физической собственности и интеллектуальной собственности. Можно взять, к примеру, Руководящие принципы к закону об интеллектуальной собственности США от 1995 г., в которых говорится:

«Агентства применяют такие же антитрестовские принципы к деятельности, затрагивающей интеллектуальную собственность, какие они применяют к деятельности, затрагивающей любую другую форму материальной или нематериальной собственности».

Европейская комиссия также отметила в своем решении по делу Microsoft, что права ИС «как таковые не являются какой-то отличной категорией прав собственности». Кроме того, статья 17 Хартии по правам человека Евросоюза, имеющей со времен Лиссабонского договора обязательную юридическую силу, провозглашает право на собственность, которое основано на статье 1 протокола Европейской конвенции по правам человека (ECHR).¹⁵⁶ Гарантии, изложенные в подразделе 1 статьи 17, распространяются также на ИС, упомянутую в подразделе 2, которая подчеркивает аналогию, проведенную между правами собственности на товары и правами собственности на идеи. Можно заметить, что в отношении интеллектуальной собственности не употреблен термин «права», хотя это уместно для собственности. Однако во втором параграфе нет никаких упоминаний о возможных ограничениях объема охраны интеллектуальной собственности в интересах общества.

¹⁵⁵ Конституция США, ст. 1, § 8.

¹⁵⁶ В соответствии со статьей 17 Хартии: «1. Каждый человек имеет право владеть, пользоваться, распоряжаться и завещать свою законно приобретенную собственность. Никто не может быть лишен своего имущества, иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом, при условии справедливой и своевременной компенсации за причиненный ущерб. Пользование собственностью может регламентироваться законом в соответствии с общим интересом. 2. Интеллектуальная собственность охраняется.»

Тем не менее, ясно также, что собственность не формирует абсолютного права. Законодательство Евросоюза подчеркивает «социальную функцию» собственности, вследствие чего права собственности могут быть ограничены в интересах общества при условии, что такие ограничения по факту «не образуют в силу преследуемой цели несоразмерного и неприемлемого вмешательства, которое нарушает саму суть гарантируемых таким образом прав».¹⁵⁷ Законодательство о защите конкуренции формирует цель «общих интересов», которая может оправдать ограничение объема прав собственности.¹⁵⁸ Таким образом, термин «права собственности» не дает правам ИС иммунитета от действия антитрестовского законодательства, поскольку использование этих прав может быть ограничено в любое время, когда они нарушают законодательство о защите конкуренции и идут вразрез с интересами общества.

Риторика в отношении «прав собственности», бессильная придать правам ИС статус иммунитета, к тому же не способствует пониманию необходимости уравнивания целей вознаграждения и распространения. Действительно, критерий «собственность» является формалистическим и не дает никакой полезной информации в отношении адекватного уровня вознаграждения и распространения для того, чтобы объем прав ИС был оптимальным.¹⁵⁹ Это ясно из того, что сторонники сильной защиты ИС не ссылаются на принцип «права собственности», когда пытаются подчеркнуть инструментальный характер интеллектуальной собственности для того, чтобы добиться увеличения инноваций и экономического благосостояния. С другой стороны, экономисты твердо придерживаются инструментального подхода к правам собственности и считают права собственности формой коллективного действия на рынке наряду с такими другими средствами, как меры прямого регулирования, обязательства, поощрения и налоги.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Дело 265/87 Herman Schröder HS Kraftfutter GmbH v Hauptzollamt Gronau [1989] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 2237. § 15.

¹⁵⁸ FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG, 98/190 // Официальный журнал ЕС (OJ)[1998] L 72/30, § 90. Также это является заключением, достигнутым генеральным адвокатом Джорджем Космасом (George Cosmas) в деле C-344/98 Masterfoods Ltd. v HB Ice Cream Ltd. [2000], сборник решений Европейского суда (ECR), ч. I, с. 11369.

¹⁵⁹ Стив Андерман (Steve Anderman). «Создает ли дело Microsoft новую парадигму для проверки на исключительные обстоятельства и принудительного лицензирования объектов авторского права в рамках законодательства ЕС о защите конкуренции?» («Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the Exceptional Circumstances Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?»). 2004 // Обзор законодательства о защите конкуренции (Competition Law Review). С. 7, 22.

¹⁶⁰ Стивен Шейвен (Steven Shavell). «Основы экономического анализа права» («Foundations of Economic Analysis of Law»). Изд-во Гарвардского университета Белкнап Пресс. 2004 (Belknap Press of Harvard Univ. Press 2004). С. 93-94; см. также Ричард Поснер (Richard Posner), «Экономический анализ права» («Economic Analysis of Law»). 6-е изд., Аспен 2003 (6th ed, Aspen 2003). С. 47 (различие между «официальными правами собственности» и способом их описания экономистами как «любого метода общественного или частного, подпадающего под общее или регулирующее законодательство, договорного или государственного, официального или неофициального), посредством которого уменьшается разница между частными и социальными издержками или выгодами»; Джеймс Э. Криер (James E. Krier).

Параллель, проведенная с вещественной собственностью, не помогает определить должный баланс между вознаграждением и распространением. Примечательно, что, как сторонники политики менее активного антимонопольного вмешательства в права ИС, так и сторонники более внимательного анализа влияния охраны интеллектуальной собственности на конкуренцию, придерживаются логики «прав собственности» на интеллектуальную собственность, но при этом делают противоположные заключения.¹⁶¹

Мы полагаем, что аналогия с правами собственности на материальное имущество неправомерна. Во-первых, права ИС имеют характерные особенности, которых лишены права вещественной собственности. Информацию можно рассматривать как чисто публичный товар, поскольку «потребление» информации одним человеком не снижает возможность ее потребления другим человеком. Одновременное (или совместное) потребление также возможно. Необходимость предоставлять права собственности для того, чтобы избежать эффектов перегруженности в условиях массового спроса, что обычно служит логическим обоснованием для прав вещественной собственности, не является убедительным аргументом.¹⁶² Однако чрезмерное использование информации фрирайдерами может, тем не менее, вызывать потерю стоимости ресурса для изобретателей, что будет затруднять для них возмещение своих постоянных издержек. В результате стимул осуществления инноваций для изобретателей будет снижаться, и уровень обеспечения таким товаром окажется ниже социально эффективного уровня.¹⁶³ Предоставление права собственности на информацию

требует компромисса между необходимостью поощрения инноваций и надлежащим распространением инноваций.¹⁶⁴ В этом состоит важное отличие от права вещественной собственности, выявляющее присущий интеллектуальной собственности инструментальный характер. Во-вторых, вмешательство органов государственной власти в права ИС носит более систематический и интенсивный характер, чем в права материальной собственности.¹⁶⁵ Например, экспертиза условий патентоспособности осуществляется специализированным регулирующим органом, Патентным ведомством. Это выявляет наиболее важное различие между правами интеллектуальной собственности и правами собственности на материальные объекты: вмешательство независимого регулирующего органа. Если принять ту точку зрения, что права интеллектуальной собственности, такие, как патенты являются не объектом общего права, а просто порождением административного процесса, то можно доказать, что они не должны извлекать выгоду из тезиса об эффективности общего права, и, что они могут являться результатом влияния на регулирующие органы (*regulatory capture*).¹⁶⁶

3. Стандарты для взаимодействия между законодательством о защите конкуренции и правами ИС

Стандарты для состыковки законодательства о защите конкуренции с правами ИС в Европе и США изначально имели формалистическую направленность, уделяя основное внимание объему прав ИС, их стоимости или их основной функции. Они опирались не на индивидуальный анализ того экономического влияния, которое взаимодействие между законодательством о защите конкуренции и правами ИС оказывает на стимулы к инновационной деятельности или распространению изобретения, а на формалистический анализ объема прав ИС, их стоимости, основной функции или намерения владельца патента. В недавнее время органы по надзору за конкуренцией в Европе и Соединенных Штатах стали отдавать предпочтение сбалансированному подходу, при котором по каждому конкретному случаю осуществляется сравнение последствий для благосостояния, определяемых, с одной стороны, по статической аллокационной эффективности и, с

«(Маловероятная) смерть собственности» ((Unlikely) Death of Property). 1990 // Гарвардский журнал права и публичной политики (Harvard Journal of Law and Public Policy). № 13. С. 75, 76 и 78 («регулирование и собственность... являются просто вариантами в более общей категории оперативных техник. Собственность - это просто система регулирования и наоборот»).

161 Подборка Сирил Риттер (Cyril Ritter). «Отказ от сделки и жизненно-важные средства: требует ли интеллектуальная собственность особого отношения по сравнению с материальной собственностью?» ('Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?'). 2005 // Журнал «Уорлд Компетишн» (World Competition). № 28. С. 281; Саймон Джевеназ (Simon Gevenaz). «Недопустимость правового иммунитета при одностороннем отказе от сделок в области интеллектуальной собственности: почему антитрестовское законодательство не должно делать различий между ИС и другими правами собственности?» ('Against Immunity for Unilateral Refusals to Deal in Intellectual Property: Why Antitrust Law Should Not Distinguish Between IP and Other Property Rights'). 2004 // Журнал технологии и права университета Беркли (Berkeley Technology Law Journal). № 19. С. 741. Этот автор разделяет более активные антимонопольные взгляды с Кристиан Алборн (Christian Ahlborn), Дэвидом С. Эвансом (David S Evans) и Джорджем А. Падилла (Jorge A Padilla), высказанные в «Логике и ограничениях «проверки на исключительные обстоятельства» в делах Magill and IMS Health» ('The Logic & Limits of the «Exceptional Circumstances Test» в Magill и IMS Health'). 2004. Международный юридический журнал университета Фордхэма (Fordham International Law Journal). № 28. С. 1109.

162 Марк А. Лемли (Mark A Lemley). «Собственность, интеллектуальная собственность и фрирайдерство» ('Property, Intellectual Property and Free Riding'). 2005 // Правовой обзор Техасского университета (Texas Law Review). № 83. С. 1031.

163 Пол М. Ромер (Paul M Romer). «Когда следует использовать права интеллектуальной собственности?» ('When Should We Use Intellectual Property Rights?'). 2002 // Американский экономический обзор (American Economic Review). № 92. С. 213-216.

164 Нордхаус (Nordhaus) (см. сноску 27).

165 Уильям Ландес (William Landes) и Ричард Поснер (Richard Posner). «Экономическая структура закона об интеллектуальной собственности» ('The Economic Structure of Intellectual Property Law'). Изд-во Гарвардского университета. 2003 (Harvard University Press 2003). С. 415; Баукерт (Bouckaert) (см. сноску 140), с. 805 (автор отмечает, что права ИС «экзогенны к внутренней логике гражданского права», и «единственное отличие [от государственного регулирования] состоит в том, что пользователи идей компенсируют производителей напрямую, без посредничества государства»).

166 Ховенкамп (Hovenkamp). «Антитрестовская инициатива - принципы и реализация» ('The Antitrust Enterprise - Principle and Execution') (см. сноску 139), с. 250-251 (приводятся примеры получения охраны ИС группами, объединенными общими интересами).

другой стороны, по динамической аллокационной эффективности. Такой анализ, хотя и имеет более выраженную экономическую направленность по сравнению с официальными стандартами, уделяющими основное внимание объему прав ИС, сложен для применения на практике и в большинстве случаев может приводить к вынесению решений в пользу законодательства о защите конкуренции, а не прав ИС.

а. Формалистические стандарты для взаимодействия между законодательством о защите конкуренции и правами ИС

(i) Стандарты, уделяющие основное внимание объему или стоимости прав ИС

Стандарты, уделяющие основное внимание объему прав ИС, имеют различные формы. Во-первых, доктрина неотъемлемости, или доктрина ограниченной лицензии, защищает деятельность, присущую проявлению прав ИС, от действия законодательства о защите конкуренции.¹⁶⁷ Например, «выходное ограничение, наложенное на лицензиатов, содержится в праве патентообладателя отказать в выдаче лицензии производителям полностью».¹⁶⁸ В деле *Vement* Верховный суд признал за патентообладателем право налагать ценовые ограничения на лицензиатов, поскольку владелец патента правомочен назначать любую цену (даже монопольную), если хочет сохранить за собой рынок.¹⁶⁹ По мнению суда «объектом патентного законодательства является монополия, и правило за редкими исключениями состоит в том, что любые условия на право изготовления, использования или продажи товара, которые наложены владельцем патента, согласованы с лицензиатом и по самой своей природе не являются неправомерными для этого вида собственности, будут оставлены в силе судами, и тот факт, что эти условия поддерживают монополию, не делает их незаконными».¹⁷⁰ Доктрина была расширена для того, чтобы гарантировать иммунитет от действия антitrustовского законодательства патентообладателям, накладывающим на своих лицензиатов ограничения по продаже товаров в нагрузку и вынуждающие их использовать запатентованный продукт только совместно с незапатентованными продуктами, поставляемыми патентообладателем.¹⁷¹ Предполагалось, что если лицензиаты были готовы

взять на себя дополнительное бремя, то это объяснялось конкурентным превосходством запатентованного изобретения, что давало патентообладателю право контроля рынка незапатентованных товаров. Результатом такой судебной практики было расширение прав патентообладателя, позволяющее ему исключать конкурентов, использовать и контролировать рынок незапатентованных товаров. Доктрина неотъемлемости, которая была исключительно выгодна для патентообладателей, прекратила свое существование после принятия закона Клейтона (*Clayton Act*) в 1914 г., в котором ограничивающие конкуренцию действия по навязыванию ассортимента товаров, были признаны незаконными вне зависимости от их отношения к запатентованным или незапатентованным товарам.¹⁷² При рассмотрении дела *Motion Picture Patents* Верховный суд, сославшись на закон Клейтона, отверг решение по ранее рассмотренному аналогичному делу *Dick* и признал неправомерным положение о лицензировании, обязывающее операторов кинопроекторов показывать фильмы, только созданные производителем¹⁷³, а также подтвердил в решении по делу *Morton Salt Co.* против *Suppiger Co.*, что использование патентной монополии для ограничения конкуренции путем сбыта незапатентованных товаров в привязке к запатентованным, является злоупотреблением права на патент и противоречит государственной политике Соединенных Штатов Америки, выражаемой Конституцией и патентным законодательством.¹⁷⁴ После такого поворота событий антitrustовские ведомства США повели себя довольно агрессивно по отношению к правам ИС, кульминацией чего стала формулировка девяти запретов (*Nine No-Nos*), ряда действий, затрагивающих права ИС, которые были признаны нарушающими антitrustовское законодательство.¹⁷⁵

В деле *US* против *General Electric* Верховный суд предложил другой стандарт взаимодействия законодательства о защите конкуренции с правами ИС.¹⁷⁶ Дело касалось наложенного патентообладателем на лицензиата ограничения на цену запатентованных

167 Владимир Бастидас Венегаз (*Vladimir Bastidas Venegas*). «Переход к анализу динамической эффективности? Оценка соглашений о лицензировании на основе антitrustовского законодательства» ('Shifting Towards a Dynamic Efficiency Test?: Evaluating Licensing Agreements under Antitrust Law') // Стивен Андерман (*Steven Anderman*) и Ариэль Эзрачи (*Ariel Ezrachi*) (редакторы). «Интеллектуальная собственность и законодательство о защите конкуренции - новые горизонты» (*Intellectual property and Competition Law - New Frontiers*). Оксфорд Университи-пресс 2011 (*Oxford University Press* 2011). С. 461-485.

168 Там же, с. 466.

169 Дело *Vement v National Harrow Co.* // Сб. судебных решений US. Т. 186. С. 70 (1902), цитируется В. Бастидасом Венегазом (*V. Bastidas Venegas*) (см. сноску 167). С. 466.

170 Там же, с. 70.

171 Дело *Henry v AB Dick Company* // Сб. судебных решений US. Т. 224. С. 1 (1912).

172 Закон Клейтона (*Clayton Act*), разд. 3.

173 Дело *Motion Picture Patents Company v Universal Film Manufacturing Company et al.* // Сб. судебных решений US. Т. 243. С. 502 (1917).

174 Дело *Morton Salt Co. v Suppiger Co.* // Сб. судебных решений US. Т. 314. С. 488 (1942).

175 Брюс Б. Вильсон (*Bruce B Wilson*). «Лицензионные соглашения на патенты и ноу-хау: область применения, территориальные, ценовые и количественные ограничения» ('Patent and Know-How License Agreements: Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions') // Заметки перед 4-й антitrustовской конференцией в Новой Англии (6 ноября 1970 г.). Перечень разработан в 1970 г. Брюсом Вильсоном, бывшим заместителем помощника генерального прокурора по антitrustовским делам, и включал запреты на обязательное пакетное лицензирование (патентные пулы), обязательство закупки незапатентованных товаров, обязывание лицензиата информировать о сделанных им усовершенствованиях лицензионного объекта лицензиара, за которым признается право на подачу соответствующей патентной заявки, обязательную выплату роялти в размере, не имеющем разумной связи с продажами запатентованного продукта, ограничение права лицензиата в отношении применения изделий конкурентов лицензиара, послепродажные ценовые ограничения на перепродажу покупателями запатентованных продуктов.

176 Дело *US v General Electric* // Сборник судебных решений US. Т. 272. С. 476 (1926).

товаров. Суд впервые обратил внимание на размер вознаграждения, получаемого патентообладателем, и постановил, что «владелец патента может предоставить лицензию на изготовление, использование и продажу товаров, на которые распространяется действие его патента, за любое роялти или на условии, выполнение которого находится в пределах разумного вознаграждения, которое владелец патента вправе получить за предоставление патента».¹⁷⁷ Согласно решению суда «одним из ценных элементов исключительного права владельца патента является получение прибыли из цены, за которую продается товар [...] чем выше цена, тем выше прибыль, если только цена не чрезмерно завышена».¹⁷⁸ Хотя это судебное решение отстаивает интересы патентообладателя в противовес интересам лицензиата, выдача патентообладателем лицензии на изготовление и продажу запатентованного товара включает идею разумного вознаграждения, связывающего права патентообладателя с его требованиями. Использование термина «разумный» открывает дверь для некоторой формы контролируемого ограничения цен или методов продажи, налагаемых патентообладателем. Комментаторы предлагали различные стандарты оценки разумности ограничения.

Бакстер (Baxter) предложил «сравнительный тест», согласно которому «владелец патента вправе извлекать монопольный доход путем ограничения использования своего изобретения» при условии, что это ограничение является «настолько узким и специфичным, насколько это позволяют технология и практические аспекты в его ситуации».¹⁷⁹ Бакстер исходит из допущения, что заключение сделки между патентообладателем и лицензиатом определяет вознаграждение за каждое запатентованное изобретение и предоставляет информацию о стоимости патента для общества. В таких условиях любое ограничение, распространяющееся только на использование запатентованного изобретения и не распространяющееся на незапатентованные продукты, будет давать иммунитет от антitrustовского законодательства. Однако антitrustовское законодательство должно выявлять ограничения, потенциально способные нарушить справедливость процесса установления цены, которая понимается как сравнимая со стоимостью изобретения для лицензиата и общества. Любое ограничение, влияющее на честность процесса установления цены, например, ограничение, защищающее лицензиата от конкуренции со стороны других лицензиатов, или ограничение, позволяющее монополизировать конечный продукт в конкуренции с другими взаимозаменяемыми технологиями и, таким

образом, позволяющее разделить монопольные прибыли между лицензиаром и лицензиатом, затрагивает функцию процесса установления цены как механизма определения вознаграждения для патентообладателя и, таким образом, подпадает под действие антitrustовского законодательства из-за превышения стоимости патента. Боуман (Bowman), разделяющий взгляды Чикагской школы антitrustовских экономистов, выдвинул тест «конкурентного превосходства», согласно которому владелец патента вправе прибегать к практике ограничений, если получаемое им вознаграждение соразмерно «конкурентному превосходству запатентованного продукта над альтернативными продуктами».¹⁸⁰ Боуман делает различие между максимизацией прибыли (которая может включать монопольную цену) и распространением правовой патентной монополии на незапатентованные продукты. Только при установлении последней деятельность подпадает под действие антitrustовского законодательства. Таким образом, в соответствии с этим стандартом антitrustовское законодательство не распространяется на виды деятельности, связанные с фрирайдерством, ценовой дискриминацией или контролем качества, до тех пор, пока они не приводят к распространению монопольной ренты на незапатентованные продукты.

В Европе разработка стандартов для взаимодействия между законодательством о защите конкуренции и правами ИС осложнена различием в компетенции между Евросоюзом и входящими в него государствами-членами в том, что касается законодательства об ИС и законодательства о защите конкуренции: законодательство о защите конкуренции преимущественно находится в компетенции Евросоюза, если затрагивается межгосударственная торговля, тогда как создание систем интеллектуальной собственности остается в компетенции государств-членов. Начиная с дел *Consten* и *Grundig* по предоставлению товарного знака,¹⁸¹ суды Евросоюза неоднократно заявляли, что Европейские договоры никак не затрагивают «существования» прав ИС, гарантируемых национальным законодательством, тогда как «использование» прав ИС может подпадать под действие законодательства ЕС о защите конкуренции. Такое различие основывается, во-первых, на разработке Договора, где в контексте положений о свободном движении товаров государствам-членам предоставляется возможность вводить количественные торговые ограничения в целях охраны прав интеллектуальной собственности (статья 36 Договора о функционировании Европейского союза), и, во-вторых, на том факте, что статья 345 Договора о функционировании Европейского союза предусматривает, что системы правовых норм

¹⁷⁷ Там же, с. 489 (добавлено выделение).

¹⁷⁸ Там же, с. 490.

¹⁷⁹ Уильям Ф. Бакстер (William F. Baxter), «Правовые ограничения на использование патентной монополии: экономический анализ» («Legal Restrictions on Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis»). 1966 // Юридический журнал Йельского университета (Yale Law Journal). С. 267. Для ознакомления с критическим анализом см: Майкл А. Карриер (Michael A. Carrier), «Развивающийся парадокс патентного и антitrustовского законодательства» («Unravelling the Patent-Antitrust Paradox»). 2002 // Правовой обзор Университета Пенсильвании (University of Pennsylvania Law Review). № 150(3). С. 761, 795-796.

¹⁸⁰ Уорд С. Боуман (Ward S. Bowman), «Патенты и антitrustовское законодательство: правовая и экономическая оценка» («Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal»). Изд-во Чикагского университета, 1973 (University of Chicago Press, 1973).

¹⁸¹ Объединенные дела C-56/64 и 58/64 *Consten and Grundig v Commission* (см. сноску 103).

собственности государств-членов должны быть защищены. Различие между «существованием» и «использованием» может быть объектом критики в связи со сложностью различения между сутью прав ИС, их объемом и их использованием, если только различие не отражает решения, принимаемого на основе списка правомерных видов деятельности, которые могут подпадать под действие прав ИС, аналогично подходу, принятому в США в отношении объема прав ИС. Например, должна ли продажа прав ИС подпадать под действие законодательства ЕС о защите конкуренции, или, она должна быть частью существования права, исходя из того, что она как любое право собственности включает использование и продажу права?

Европейские суды заняли формалистическую позицию, считая, что объем прав ИС связан с «объектом» и «основной функцией» конкретных прав ИС. Концепция «специфичного объекта права» сделала возможным определить границы юридического статуса любого права промышленной или интеллектуальной собственности без нарушения принципов конкуренции или свободного движения товаров Евросоюза. Например, в сфере патентов «специфичный объект права» заключается, по мнению Суда ЕС, в «исключительном праве использовать изобретение с целью изготовления промышленных продуктов и ввода их в оборот впервые, [...] а также праве оказывать противодействие нарушениям права».¹⁸² Суд также установил, что «основная функция товарного знака [состоит в том, чтобы] гарантировать потребителям, что продукт имеет то же происхождение».¹⁸³ Позднее это определение было расширено до включения для владельцев товарных знаков возможности оказывать противодействие «любым действиям, затрудняющим отличие данного продукта от продуктов, имеющих другое происхождение».¹⁸⁴ Суд обратился к целевой концепции «основной функции» для того, чтобы расширить рамки специфичного объекта права за пределы основных прав, идентифицированных ранее. Например, в деле *American Home products* Суд сослался на «основную функцию» товарного знака для того, чтобы предоставить владельцу товарного знака право запрета перепродавцу его товаров переупаковывать продукты и затем наносить товарный знак на новую упаковку.¹⁸⁵

В деле *Windsurfing* Суд установил, что статье 101(1) Договора о функционировании Европейского союза противоречит патентное лицензионное соглашение, содержащее наложенные на лицензиатов обязательства использовать только компоненты, одобренные лицензиаром, и продавать запатентованный продукт совместно с продуктом, не подпадающим под действие

патента.¹⁸⁶ Компания *Windsurfing* доказывала, что суть этих требований сводилась только к тому, чтобы продукты, продаваемые лицензиатами, не имели плохого качества и не нарушали права других лицензиатов, а, следовательно, эти требования находились в рамках специфичного объекта права патента, составляющего предмет лицензии. Суд установил, что такие методы контроля качества входят в рамки специфичного объекта права патента только в том случае, если относятся к продукту, охраняемому патентом, поскольку их единственным обоснованием является обеспечение того, чтобы «технические инструкции, описанные в патенте и используемые лицензиатом, могли быть соблюдены».¹⁸⁷ Суд расценил «необдуманно наложенное» на лицензиата обязательство продавать запатентованный продукт только совместно с продуктом, «не входящим в объем запатентованного изобретения», как не являющееся «обязательным для использования патента».¹⁸⁸

Различие между «существованием» и «использованием» повлияло также на применение статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза к правам ИС. В делах *CICRA/Renault* и *Volvo/Veng*, связанных с отказом производителя автомобилей предоставлять независимым ремонтным фирмам лицензии на производство запасных частей, Суд подчеркнул, что «право обладателя охраняемого промышленного образца препятствовать третьим лицам производить и продавать или импортировать без его разрешения продукты, включающие промышленный образец, составляет саму суть объекта его исключительного права». Суд также установил, что «наложение на обладателя охраняемого промышленного образца обязанности предоставлять третьим лицам в обмен на разумное роялти лицензию на выпуск продуктов, включающих промышленный образец, может привести обладателя к лишению сущности его исключительного права, и, что отказ предоставить такую лицензию не может сам по себе считаться злоупотреблением господствующим положением».¹⁸⁹ Суд отметил, однако, что «использование» исключительного права может подпадать под действие статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза в «исключительных обстоятельствах», если имело место «определенное поведение, носящее характер злоупотребления», и привел три примера ситуаций, когда статья 102 Договора о функционировании Европейского союза может быть применена для данного случая: (i) завышение цен на запатентованные продукты, (ii) отказ в поставках независимым ремонтным фирмам и (iii) прекращение производства частей для моделей автомобилей, все еще находящихся в обращении.¹⁹⁰ Концепции «объекта права» изобретения и «основной функции» прав ИС были использованы в этих делах

¹⁸² Дело 15/74 *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc* [1974] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 1147.

¹⁸³ Дело 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. v Terranova Industrie CA Kapferer & Co* [1976] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 1039.

¹⁸⁴ Дело 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm* [1978] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 1139.

¹⁸⁵ Дело С 3/78 *Centrafarm v American Home products corporation* [1978] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 1823.

¹⁸⁶ Дело 193/83 *Windsurfing International v Commission* [1986] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 611.

¹⁸⁷ Там же, § 45.

¹⁸⁸ Там же, § 57.

¹⁸⁹ Дело 53/87 *CICRA v Renault* [1988] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 6039; Дело 238/87 *Volvo v Veng* [1988] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 6211. § 8.

¹⁹⁰ Там же, § 9.

как щит для отражения возможности применения законодательства о защите конкуренции. Однако, допустив возможность того, что «определенное поведение, носящее характер злоупотребления» может подпадать под действие статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза, Суд принизил практическую значимость различия «существование» / «использование».

В деле *Magill*, связанном с отказом телевизионных станций предоставлять авторскую лицензию на соответствующую информацию об их дневных программах, что лишало компанию *Magill* возможности публикации еженедельного анонса телепередач, суд общей юрисдикции зашел настолько далеко, что назвал поведение телеведущих, выходящим за рамки основной функции авторского права, поскольку «с учетом деталей каждого отдельного дела, очевидно, что это право используется таким образом, что фактически преследует цель, явно противоречащую целям статьи [102 Договора о функционировании Европейского союза].¹⁹¹ Согласно решению суда «в данном случае авторское право более не использовалось способом, отвечающим основной функции этого права [...] каковой является охрана моральных прав на произведение и обеспечение вознаграждения за творческую активность при соблюдении целей, в частности, статьи [102 Договора о функционировании Европейского союза]. Действительно, «в данном деле главенство [Европейского] законодательства и, в частности, таких его основополагающих принципов, как свободное движение товаров и свобода конкуренции, превалирует над любым использованием нормы национального законодательства об интеллектуальной собственности, противоречащим этим принципам».¹⁹² Хотя в своем решении на апелляционную жалобу Суд ЕС не обсуждал эту часть решения суда общей юрисдикции и не касался вопроса «объекта» авторского права, о котором идет речь, генеральный адвокат Гулманн (*Gulmann*) отметил в своем мнении, что «право отказа в выдаче лицензии образует часть специфического объекта авторского права», и подверг критике решение суда общей юрисдикции за включение «цели правил конкуренции в определение основной функции авторского права», что не позволило получить иммунитет от законодательства о защите конкуренции для поведения, подпадающего под объем «основной функции» авторского права.¹⁹³ Суд ЕС предпочел, вместо этого, сослаться на «исключительные обстоятельства», когда поведение, на которое распространяются права ИС, может подпасть под действие статьи 102 Договора о функционировании

Европейского союза.¹⁹⁴ Концепция «исключительных обстоятельств» широко интерпретировалась в судебной практике европейских судов,¹⁹⁵ а также национальных судов.¹⁹⁶ Это показывает, что европейские суды отказались от своего прежнего формалистского подхода с упором на определение объема прав ИС и их сущности в пользу более свободного подхода, который может включать определенную форму индивидуального (экономического) анализа.

Заслуживает упоминания, что в других случаях европейские суды выходили за пределы чисто формалистического различия между «существованием», т.е. сущностью прав ИС, и их «использованием» и рассматривали ценность права ИС с учетом взаимодействия между законодательством о защите конкуренции и правами ИС. В деле *Erawu-Jacquery* против *La Hesbignonne* суд постановил, что запрет продажи или экспорта элитных семян не подпадает под действие статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза, поскольку в создание элитных семян были вложены значительные инвестиции.¹⁹⁷ По мнению суда «лицу, вложившему значительные усилия в создание сортов элитных семян, которые могут являться объектом права селекционера, должно быть дано право защиты от ненадлежащего обращения с этими сортами семян» и «в этой связи селекционер должен иметь право ограничения распространения лишь теми растениеводами, которых он выбрал в качестве лицензиатов».¹⁹⁸

(ii) Стандарты с упором на намерения обладателя ИС

Возможным альтернативным подходом для стандартов является упор на намерения монополиста.¹⁹⁹ Некоторые суды США применяли стандарты, основанные на намерении, выдвинув мнение, что монополист не должен «полагаться на оправдывающие бизнес отговорки для

¹⁹⁴ Объединенные дела C-241/91 P и C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission* [1995] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. I. С. 743.

¹⁹⁵ См., например, объединенные дела C-241/91 P и C-242/91 P, (см. сноску 194), § 10 и 50; Дело C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG* [2004] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. I. С. 5039. § 35, 37 (перечень оснований, составляющих исключительные обстоятельства: отказ в выдаче лицензии на товар, поставки которого необходимы для ведения конкретного бизнеса, факт, что такой отказ помешал появлению нового продукта, на который существовал потенциальный потребительский спрос, факт, что это не было оправдано объективными факторами и, вероятно, устраняло всю конкуренцию на вторичном рынке); дело *Microsoft CFI* (см. сноску 118), § 331 и 647 (отмечено, что ущемление может возникнуть там, где есть ограничение не только производства или рынка, но и технического развития, что расширяет область применения статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза на отказы лицензирования) (дело *IMS Health*).

¹⁹⁶ См., например, рассматривавшееся в Англии дело *Intel Corp. v Via Технологии Inc.* [2002] // Коллегия по гражданским делам апелляционного суда Англии и Уэльса (*EWCA Civ*) 1905, § 48 (отмечено, что исключительные обстоятельства могут выходить за рамки обстоятельств, рассмотренных в делах *Magill* и *IMS*).

¹⁹⁷ Дело 27/87 *SPRL Louis Erawu-Jacquery v La Hesbignonne SC* [1988] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 1919. См. также дело 258/78, *Nungesser v. Commission* [1982] // Сб. решений Европейского суда (ECR). С. 2015.

¹⁹⁸ Там же, § 10.

¹⁹⁹ *Каррив* (*Carrier*) (см. сноску 179). С. 793.

¹⁹¹ Дело T-69/89 *RTE v Commission* [1991] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. II. С. 485; Дело T-70/89, *British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Ltd v. Commission* [1991] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. II. С. 535. § 58 (дело Британской радиовещательной компании); Дело T-76/89, *ITP v Commission* [1991] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. II. С. 575.

¹⁹² Там же, дело Британской радиовещательной компании, § 58.

¹⁹³ Мнение генерального адвоката Гулмана (*Gulman*) в объединенных делах C-241/91 P и C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* [1995] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. I. С. 743. § 38 и 70.

маскировки антиконкурентного поведения».²⁰⁰ Это может включать определенный анализ субъективных намерений хозяйствующего субъекта путем просмотра документов, электронной почты или заявлений. Однако неясно, какой уровень управления должно изучать лицо, ответственное за принятие решения, чтобы найти доказательства намерения, и, кроме того, руководителям свойственно использовать язык, свидетельствующий об их намерениях устранить конкурентов. Это нормальная цель конкуренции, и она не свидетельствует о чем-либо, выходящем за рамки здоровой конкуренции.

Другой вариант заключается в исследовании объективного намерения, которое следует из поведения хозяйствующего субъекта. В своем предварительном отчете об исследовании фармацевтического сектора Комиссия отметила, что «намерение [...] может приниматься во внимание в оценках соблюдения законодательства о защите конкуренции»,²⁰¹ хотя понятно, что намерение заявителя не образует части оценки патентных притязаний.²⁰² Решение Европейской комиссии по делу Astra Zeneca, подтвержденное судом общей юрисдикции, признало важность доказательств антиконкурентных намерений для демонстрации того, что поведение предрасположено к подрыву конкуренции.²⁰³ Суд общей юрисдикции установил, что, хотя злоупотребление является объективной концепцией, [...] намерение все же может приниматься в расчет для поддержки заключения о том, что соответствующий хозяйственный субъект злоупотребил господствующим положением, даже, если такое заключение должно, прежде всего, основываться на объективных доказательствах того, что злоупотребляющее поведение действительно имело место».²⁰⁴ В любом случае доказательство намерения играет ограниченную роль при анализе применимости статьи 102.²⁰⁵

200 Дело Image Technical Services, Inc. v Eastman Kodak Co. // Сб. решений Федеральных апелляционных судов F. T. 125. Сер. 3. С. 1195 (апел. суд. по 9-му округу 1997).

201 Европейская комиссия, Исследование фармацевтического сектора, окончательный отчет (см. сноску 43), примечания 375 и 376.

202 Например, в контексте исследования фармацевтического сектора, проведенного Генеральным директоратом по вопросам конкуренции, Европейское патентное ведомство высказало возражения против тщательного рассмотрения в целях применения законодательства о защите конкуренции намерений заявителей, ходатайствующих о патентных правах. См. Отчет Комиссии, Краткое содержание отчета об исследовании фармацевтического сектора, доступно по адресу < http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_en.pdf > (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.) с. 7

203 Решение Комиссии, AstraZeneca (см. сноску 20) Приложение А, § 13.

204 Дело T-321/05 AstraZeneca AB v Commission [2010] // Сб. решений Европейского суда (ECR). Ч. II. С. 2805. § 334, хотя в ответ на обжалование Суд ЕС не выразил однозначного подтверждения этой позиции: Дело C-34/10-457/10P AstraZeneca AB v. Commission (6 декабря 2012 г.).

205 См., например, дело C-549/10 Tomra Systems ASA v Commission (12 апреля 2012 г.), § 19 (было отмечено, что Комиссия не находит ничего противозаконного в том, чтобы сослаться на субъективные факторы, а именно, на мотивы, лежащие в основе стратегии бизнеса, о котором идет речь), § 21 и 22 (отмечено, что «для применения статьи [102 Договора о функционировании Европейского союза] Комиссия не обязана устанавливать существование такого намерения со стороны господствующего хозяйствующего субъекта», и, «что существование намерения конкурировать даже, если это было установлено, не может служить доказательством отсутствия злоупотребления»).

в. Проверки экономической сбалансированности

Проверки сбалансированности сравнивают ограничение аллокационной эффективности или других антиконкурентных следствий поведения, затрагивающего права ИС, с одной стороны, и возможные выгоды от этих прав ИС, выражающиеся в стимулировании инновационного процесса и динамической эффективности. Инновации признаются положительным явлением, поскольку они усиливают конкуренцию на рынке и повышают разнообразие выбора для потребителей. В отличие от формалистического анализа, проводимого на основе проверок объема прав или намерений, проверки сбалансированности в определенной степени учитывают экономические влияния прав ИС в конкретной рыночной конфигурации.

Одной из наиболее сложных проверок сбалансированности является проверка соотношения Каплоу (Kaplow), исследующая соотношение между «вознаграждением, которое получает владелец патента, когда разрешает использовать определенную ограничительную практику», и «убытками монополии, проистекающими из такого использования патента».²⁰⁶ По мнению Каплоу «вознаграждение владельца патента» и «убытки монополии» соотносятся, соответственно, с инкрементным вознаграждением и убытками, проистекающими из практики, о которой идет речь».²⁰⁷ Это соотношение зависит от того, насколько уменьшается или увеличивается вознаграждение в противовес изменению общественных издержек монополии, поскольку монополия уменьшается или увеличивается с каждым индивидуальным лицензионным ограничением. Это соотношение должно сравниваться с «оптимальным соотношением», представляющим собой соотношение для увеличения срока действия патента на один год, исходя из предположения, что патентное законодательство изначально установило надлежащий баланс между стимулами и вознаграждениями.²⁰⁸ Если индивидуальное соотношение для конкретной практики ниже оптимального соотношения, практика должна быть запрещена. Если оно выше, следует измерить, уменьшились ли расходы лицензионной практики (в предоставлении инкрементного вознаграждения) по сравнению с последним годом срока действия патента. Если индивидуальное соотношение выше, практика признается допустимой. В отличие от других стандартов эта проверка предусматривает выравнивание на основе индивидуального подхода возможных влияний прав ИС на аллокационную и динамическую эффективность. Однако эта проверка является информационно затратной, поскольку требует знания конкретных значений вознаграждения владельца патента и издержек монополии, что является трудной задачей для

206 Луис Каплоу (Louis Kaplow). «Пересечение патентного и антитрестовского законодательства: переоценка» ('The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal'). 1984 // Правовой обзор Гарвардского университета (Harvard Law Review). № 97. С. 1813, 1816.

207 Там же, с. 1831-1832.

208 Там же, с. 1830.

экономистов, не говоря уже о судьях.²⁰⁹ Кроме того, эта проверка делает упор на совокупное благосостояние, не выделяя отдельно благосостояние потребителей, если только не предположить, что интересы потребителей в течение длительного времени совпадают с интересами изобретателя, - ситуация маловероятная в юрисдикциях, где защита потребителей является главной целью законодательства о защите конкуренции. Возражения также могут вызвать узкий взгляд на концепцию инноваций в этой проверке, т.к. выделяется вознаграждение за пионерское (автономное) изобретение без учета возможности кумулятивных инноваций.²¹⁰ Под вопрос также можно поставить допущение о правильности баланса стимулов и вознаграждения, обеспечиваемом патентной системой, на основе которого определяется оптимальное соотношение.

Среди различных других предложенных проверок экономического баланса Ордовер (Ordover) полагает, что критический компромисс существует «между стимулами для инвестиций в создание знаний и общей эффективностью, при которой достигаются эти инвестиции».²¹¹ Согласно Ордоверу законодательство о защите конкуренции и закон об интеллектуальной собственности вносят вклад в два этапа конкуренции, которые «имеют отношение к пониманию динамической эволюции экономики»: «конкуренция *ex ante* (до) происходит на стадии НИОКР (получение знаний); конкуренция *ex post* (после) происходит на стадии появления продукта (или услуги)».²¹² Представление противоречия между этими двумя областями как противоречия между монополией и конкуренцией не является обоснованным:

*«Прежде всего, поскольку законы о патентах, авторском праве и товарных знаках и антитрестовское законодательство способствуют эффективному распределению социальных ресурсов, между ними не может быть противоречия в этой связи. В частности, в патентном и антитрестовском законодательстве есть понимание того, что без четко прописанных прав собственности экономическая система обречена на коллапс. И, во-вторых, антитрестовское законодательство само по себе признает монополию (рыночную власть) как вознаграждение за инновационную активность».*²¹³

Поэтому противоречие возникает тогда, когда динамические цели патентного законодательства

сталкиваются со статическими аллокационными целями законодательства о защите конкуренции, из чего следует, что «конфликт между этими двумя совокупностями норм права отражает компромисс между статической и динамической эффективностью».²¹⁴ Сравнение эффектов статической аллокационной эффективности и динамической эффективности поднимает вопрос обесценивания эффектов динамической эффективности, «поскольку выгоды от конкретных инвестиций в НИОКР с течением времени достигают рубежа, когда они должны быть сделаны соразмерными с начальной стоимостью самих инвестиций».²¹⁵ Ордовер вводит концепцию существования двух рынков: первичного рынка (рынка идей, информации и знаний) и вторичного рынка (рынка продуктов и услуг), полагая, что эти два рынка связаны между собой как в текущем времени, так и с разрывом во времени «в том смысле, что экономические факторы (такие, как интенсивность конкуренции), возникающие на первичном рынке, оказывают отсроченное влияние на конкуренцию и аллокационную эффективность вторичного рынка».²¹⁶ Он предлагает анализ эффектов этих практик и введений в виде структурированного правила «разумного подхода», которое учитывает удельный вес на рынке, рыночную концентрацию и барьеры входа на обоих уровнях этой «временной вертикальной цепи». Анализ носит более сложный характер, чем анализ в случае других вертикальных договоренностей в контексте лицензирования, поскольку фирма, продающая лицензию, является участником, как первичного (НИОКР), так и вторичного (продукт или услуги) рынка, что предполагает более высокую вероятность антиконкурентного эффекта в контексте лицензирования, если ограничение используется фирмой, действующей на обоих рынках. Практика признается эффективной, «если ведет к снижению стоимости «производства» такого же «количества» знания, новой информации или идей».²¹⁷ В случае необходимости сравнить проконкурентные эффекты на одном рынке с антиконкурентными эффектами на другом Ордовер предлагает придавать больший вес увеличению результатов НИОКР, чем увеличению (или уменьшению) выпуска товаров и услуг. В сущности, его подход продвигает следующие компоненты анализа на основе структурированного правила «разумного подхода»: «(i) мелкозернистая структура первичного и вторичного рынков, (ii) реальное юридическое толкование законов о патентах, авторском праве и товарных знаках: например, в широком или узком смысле интерпретируются патенты? (iii) сила стимулов к созданию интеллектуальной и промышленной собственности, обеспечиваемых другими средствами социальной политики, влияющими на получение знаний и информации, (iv) собственно природа деятельности в области НИОКР. Например, связаны ли расходы на НИОКР с «патентными гонками» в направлении крупного прорыва, где (временно) может быть только один победитель, или они связаны

209 Карриер (Carrier) (см сноску 179), с. 798. Как было отмечено Янушем А. Ордовером (Janusz A Ordover) в «Экономических основах и аспектах охраны промышленной и интеллектуальной собственности» ('Economic Foundations and Considerations in Protecting Industrial and Intellectual Property'). 1984 журнал антитрестовского законодательства (Antitrust Law Journal) № 53(3), с. 503, 514, «маловероятно, что аналитик будет иметь информацию, достаточно точную для определения изменения соотношения, особенно в тех близких случаях, когда в результате спада деятельности, как числитель, так и знаменатель соотношения изменяются в одном направлении, как бывает, когда новая практика увеличивает и вознаграждение новатора, и издержки монополии»).

210 Бастидас Венегас (Bastidas Venegas (сноска 167), с. 473.

211 Ордовер (Ordover) (сноска 209), с. 509.

212 Там же, с. 510.

213 Там же, с. 511.

214 Там же

215 Там же, с. 514.

216 Там же

217 Там же, с. 517.

с незначительным усовершенствованием процесса или продукта, позволяющим совместно существовать на рынке нескольким соперникам».²¹⁸

В других проверках экономического баланса упор делается на сторону ИС уравнения и предлагается корректировка объема и силы прав ИС в качестве возможного решения проблемы.²¹⁹

Изданные в 1995 г. Руководящие указания по интеллектуальной собственности Министерства юстиции США и Федеральной торговой комиссии США, хотя и не содержали четких ссылок на проверку сбалансированности, отражали более позитивный взгляд на права ИС. Они подвели окончательную черту под периодом враждебного отношения, нашедшим свое выражение в виде «девяти запретов», которым ранее следовали государственные органы США, после чего в 80-х годах наступил период укрепления прав ИС. Руководящие указания устанавливали, что ограничения в лицензионных соглашениях об интеллектуальной собственности подлежат оценке на основе правила «разумного подхода». Государственные органы должны выяснить «может ли ограничение иметь антиконкурентные последствия и, если да, то, обоснованно ли необходимо такое ограничение для достижения проконкурентных выгод, которые перевесят эти антиконкурентные последствия».²²⁰ Это выяснение должно осуществляться путем изучения характеристик ограничения (было оно наложено на конкурента или неконкурента, включает ли оно исключительную лицензию) и ряда рыночных факторов (концентрация, удельный вес на рынке, возможное лишение конкурентов прибыли или негласный сговор). Согласно Руководящим указаниям

«если государственные органы приходят к заключению, что ограничение имеет или вероятно будет иметь антиконкурентный эффект, они должны проанализировать, является ли ограничение обоснованно необходимым для достижения способствующей конкуренции результативности. Если ограничение обоснованно необходимо, государственные органы должны сопоставить проконкурентную результативность и антиконкурентные эффекты, чтобы определить вероятное результирующее влияние на конкуренцию на каждом затрагиваемом рынке».

Руководящие указания также устанавливают «зону безопасности», признавая, что лицензионные соглашения часто способствуют инновациям и усиливают конкуренцию, и для поощрения такой

деятельности предприятиям необходимо обеспечить определенную степень уверенности. Зона безопасности включает проверку сбалансированности. Ее критерием в отношении влияния на товарные рынки является то, что лицензиар и его лицензиаты в совокупности должны занимать не более двадцати процентов каждого рынка, серьезно затрагиваемого ограничением. Что касается влияния на рынки технологий и инноваций, то необходимо иметь, по крайней мере, четыре независимо контролируемых технологии в дополнение к технологиям, контролируемым сторонами лицензионного соглашения, или не менее четырех независимо контролируемых субъектов в дополнение к сторонам лицензионного соглашения, обладающих требуемыми специализированными ресурсами или характеристиками и мотивом для ведения НИОКР в области, близкой к НИОКР сторон лицензионного соглашения и замещающей эти НИОКР.²²¹ Если соглашение не попадает в «зону безопасности», то этого еще недостаточно для признания его антиконкурентным.

Руководящие указания Евросоюза по соглашениям о передаче технологий, по-видимому, придерживаются тех же принципов.²²² Их начальная позиция заключается в отсутствии внутреннего конфликта между правами интеллектуальной собственности и законодательством ЕС о защите конкуренции. Согласно мнению Комиссии

*«[...] обе совокупности правовых норм разделяют базовую цель способствования росту благосостояния потребителей и эффективному распределению ресурсов. Инновации составляют важный и динамичный компонент открытой и конкурентной рыночной экономики. Права интеллектуальной собственности способствуют динамичной конкуренции, создавая стимул для предприятий инвестировать средства в разработку новых или усовершенствованных продуктов и процессов. Ту же задачу выполняет конкуренция, оказывая на предприятия давление в виде необходимости инноваций. Таким образом, для содействия инновациям и их конкурентного использования необходимы как права интеллектуальной собственности, так и конкуренция».*²²³

Руководящие указания ссылаются на концепцию «динамической конкуренции»,²²⁴ которая будет рассмотрена ниже в этой публикации, но сейчас важно отметить, что, несмотря на отсутствие допущения, что права интеллектуальной собственности и лицензионные соглашения, как таковые, вызывают подрыв конкуренции, любые возможные антиконкурентные проблемы подлежат оценке с учетом возможной проконкурентной результативности, которая должна быть «противопоставлена отрицательному влиянию на конкуренцию».²²⁵ Руководящие указания

218 Там же, с. 518.

219 Например, Каплоу (Karpow) «Пересечение патентного и антитрестовского законодательства: переоценка» («The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal») (см. сноску 206).

220 Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия США, Антитрестовские руководящие указания для лицензирования интеллектуальной собственности (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property) 6 апреля 1995 г., разд. 3.1, доступно по адресу < <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#t21> > (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.).

221 Там же, разд. 4.3.

222 Руководящие указания по применению статьи 81 Договора ЕС к соглашениям по передаче технологий (см. сноску 106).

223 Там же, § 7.

224 Там же, § 8.

225 Там же, § 9.

ЕС также создают «безопасную гавань» для лицензионных соглашений, не налагающих каких-либо бескомпромиссных ограничений, таких, как картель, положение о поддержании цен перепродажи, ограничение на использование и разработку собственных технологий лицензиата.²²⁶ В текущей версии Регламента ЕС предельная доля рынка, позволяющая применить условие «безопасной гавани», зависит от того, с кем заключено соглашение - с конкурентами или неконкурентами. В случае соглашений между конкурентами, не содержащих бескомпромиссных ограничений, предельная доля рынка составляет 20 %, а в случае соглашений между неконкурентами - 30 %, поскольку в последнем случае деятельность сторон обычно носит взаимно дополняющий характер. Если доля рынка выходит за пределы значений, установленных для «безопасной гавани», требуется индивидуальная оценка. Сам по себе факт превышения предельного значения доли рынка не порождает допущения о том, что соглашение подпадает под действие статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза. Для того чтобы улучшить возможности прогнозирования при превышении этих предельных значений и ограничить детальный анализ случаями, вызывающими реальные опасения по подрыву конкуренции, Комиссия ввела еще одну «безопасную гавань». Она, так же как и первая, не допускает бескомпромиссных ограничений и предусматривает в дополнение к технологиям, контролируемым сторонами соглашения, наличие четырех или более независимо контролируемых технологий, которые могут заместить лицензионные технологии по сравнимой цене для пользователя.²²⁷ Согласно Руководящим указаниям при оценке достаточной взаимозаменяемости технологий следует принимать во внимание относительную коммерческую силу рассматриваемых технологий.

В контексте статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза Европейская комиссия при вынесении решения по делу Microsoft, по-видимому, заняла позицию сбалансированности.²²⁸ Особые характеристики прав интеллектуальной собственности не были приняты во внимание с первого же раза (*prima facie*). Комиссия отметила, что «подход, настаивающий на существовании исчерпывающего перечня исключительных обстоятельств, не убедителен и мог бы привести к поспешному (*a limine*) игнорированию Комиссией других обстоятельств исключительного характера, которые могут заслуживать того, чтобы их приняли во внимание при оценке отказа в поставке».²²⁹ Компания Microsoft выдвинула те же обоснования, что и при разбирательстве в США: необходимость защиты

своих стимулов к инновациям путем сохранения за собой прав интеллектуальной собственности.²³⁰ Комиссия отвергла эти притязания, заявив, что права интеллектуальной собственности «не могут сами по себе составлять объективное и очевидное оправдание для отказа компанией Microsoft в поставке».²³¹ Ее позиция в этом отношении совпала с позицией по делу Microsoft Апелляционного суда по федеральному округу в США.²³²

Комиссия посчитала, что инновации являются целью, как законодательства об интеллектуальной собственности, так и законодательства о защите конкуренции,²³³ и одобрила применение проверки сбалансированности с упором на стимулы к инновациям, придя к следующему заключению:

*«[...] детальное изучение объема раскрытия, поставленного под угрозу, позволяет сделать вывод, что в итоге возможное отрицательное влияние предписания обеспечить поставку на стимулы компании Microsoft к инновациям перевешивается положительным влиянием этого предписания на уровень инноваций в промышленности в целом (включая Microsoft). Поэтому необходимость защиты стимулов компании Microsoft к инновациям не может служить объективным обоснованием, уравнивающим выявленные исключительные обстоятельства».*²³⁴

При изучении, кажется, что эта проверка имеет более широкие рамки, чем правило «нового продукта». Во-первых, Комиссия принимает во внимание стимулы конкурентов господствующей фирмы к инновациям в будущем. Этот вопрос не учитывался в делах Magill и IMS/NDC Health, где речь шла о продуктах, которые, если бы не отказ их поставлять, были бы проданы или предложены на рынке. Во-вторых, Комиссия включила в свой анализ стимулы Microsoft к инновациям. В делах Magill и NDCHealth суд только ссылался на конкурентов господствующей фирмы, которые намеревались выйти на вторичный рынок для того, чтобы предложить продукт и были устранены господствующей фирмой. Однако в деле Microsoft Комиссия также приняла во внимание стимулы Microsoft к инновациям путем сравнения с ситуацией, когда применение статьи 82 привело бы к альтернативному результату, и антиконкурентное поведение компании Microsoft осталось бы ничем не стесненным.²³⁵ Согласно мнению Комиссии

«Исследования и разработки компании Microsoft [...] стимулируются инновационным прогрессом ее конкурентов на рынке операционных систем серверов рабочих групп.

226 Статья 4, Регламент в области либерализации передачи технологий 772/2004. [2004] // Официальный журнал ЕС (OJ) L23.

227 Руководящие указания по применению статьи 81 Договора ЕС к соглашениям по передаче технологий (см. сноску 106), § 131.

228 Решение Комиссии, Microsoft/W2000 (COMP/C-3/37.792), 24 марта 2004 г., доступно по адресу <<http://www.euroopa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>> (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.) (решение Комиссии по делу Microsoft).

229 Там же, § 555.

230 Там же, § 709.

231 Там же, § 710.

232 Дело U.S. v Microsoft Corp. // Сб. решений федеральных апелляционных судов F. T. 253. Сер. 3. С. 34, 63 (аргументация Microsoft, что использование прав интеллектуальной собственности не может служить основанием для ответственности по антitrustовскому законодательству, «граничит с несерьезностью») (дело США против Microsoft).

233 Решение Комиссии по делу Microsoft, (см. сноску 228), § 712.

234 Там же, § 783.

235 Там же, § 725.

Если бы такие конкуренты исчезли, это снизило бы стимулы Microsoft к инновациям».²³⁶

В силу природы рынка стимулы Microsoft к инновациям были сохранены, так же как и стимулы ее конкурентов.

Анализ стимулов к инновациям господствующей фирмы или ее конкурентов на вторичном рынке выходит за рамки статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза в отличие от правила нового продукта. В основе этого лежит допущение, что конкурентное давление повышает стимулы господствующей фирмы к инновациям. Также это связано с верой в то, что конкурентный рынок является оптимальной структурой для инноваций.

Представленный Генеральным директоратом по вопросам конкуренции Комиссии проект документа по статье 102 Договора о функционировании Европейского союза, одобренный в 2005 г., содержал предложение ввода двух проверок: «правило нового продукта» и проверка «стимулов к инновациям».²³⁷ Первая проверка выявляет нарушение, если отказ в выдаче лицензии препятствует: «развитию рынка, для которого необходима лицензия, в ущерб потребителям. Необходимым условием является то, чтобы предприятие, требующее лицензию, намеревалось не дублировать преимущественно товары или услуги, уже предлагаемые на рынке обладателем прав ИС, а производить новые товары или услуги, не предлагаемые обладателем прав и пользующиеся потребительским спросом».²³⁸ Согласно второй проверке «отказ в выдаче лицензии на технологию, защищенную правом ИС и являющуюся необходимой в качестве основы для последующих инноваций конкурентов, может являться злоупотреблением даже в том случае, если лицензия нужна не для того, чтобы напрямую воплотить технологию в четко идентифицируемых новых товарах и услугах. Отказ в выдаче лицензии на технологию, охраняемую правами ИС, не должен лишать потребителей возможности получения выгоды от инноваций, внедряемых конкурентами господствующей фирмы».²³⁹

Однако применение этой проверки на практике порождает серьезные трудности. Суды, как правило, не достаточно компетентны для проведения такого перспективного анализа экономической эффективности, требуемого для того, чтобы сбалансировать стимулы к инновациям господствующей фирмы и ее конкурентов. В этой связи дело Microsoft было сравнительно легким случаем. Комиссии не пришлось иметь дело с трудной

задачей установления баланса стимулов к инновациям, поскольку она предположила, что стимулы компании Microsoft не пострадают из-за наложения запрета на отказ поставлять средства интероперабельности. Однако, если бы стимулы к инновациям господствующей фирмы пострадали из-за запрета на отказ в выдаче лицензии, то потребовалось бы провести надлежащий анализ экономической эффективности, что может быть сложной задачей для судебных органов.

В своем решении по делу Microsoft суд общей юрисдикции перефразировал условие «правила нового продукта», приняв во внимание, что ущерб для потребителей может возникать тогда, когда имеет место ограничение технического развития.²⁴⁰ Суд, однако, не уравнивал стимулы Microsoft к инновациям со стимулами конкурентов этой компании, тем самым сосредоточившись на версии проверки сбалансированности, сравнивающей выгоды статической аллокационной эффективности с выгодами динамической эффективности. Эта версия проверки может привести к выходу за рамки статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза, поскольку учитывает только стимулы к инновациям конкурентов господствующей фирмы, не учитывая стимулы самой господствующей фирмы.

Комиссия использовала Указания по правоохранительным приоритетам в отношении действий, являющихся монопольным злоупотреблением, объединив «правило нового продукта» с фактором причинения потребителям вреда в форме динамических эффектов в контексте статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза, предположив, что «вред для потребителей может, например, возникать, когда конкуренты, интересы которых ущемляет господствующая фирма, в результате отказа лишены возможности вывести инновационные товары или услуги на рынок, и/или, когда дальнейшее развитие инновационного процесса будет, по всей видимости, подавлено».²⁴¹ Однако Комиссия, видимо, подвергает выгоды динамической эффективности более сложному анализу, чем антиконкурентные динамические эффекты: для всех типов объективных оправданий «господствующий хозяйствующий субъект должен продемонстрировать с существенной степенью вероятности и, опираясь на поддающиеся проверке доказательства, что выполняются следующие кумулятивные условия: (i) в результате деятельности была достигнута или должна быть достигнута эффективность [...] (ii) деятельность неотъемлемо связана с достижением этой эффективности: отсутствуют какие-либо альтернативы деятельности, способные обеспечить такую же эффективность с меньшими антиконкурентными

²³⁶ Там же, § 725.

²³⁷ Генеральный директорат по вопросам конкуренции, Проект документа по применению статьи 82 Договора в случаях монопольного злоупотребления (далее Проект документа Генерального директората по вопросам конкуренции) декабрь 2005 г., доступен по адресу <<http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>> (последнее посещение сайта имело место 28 апреля 2013 г.). § 237-242.

²³⁸ Там же, § 239.

²³⁹ Там же, § 240.

²⁴⁰ Дело Microsoft CFI (сноска 118), § 647.

²⁴¹ Коммюнике Комиссии — Указания по правоохранительным приоритетам Комиссии при применении статьи 82 Договора ЕС к злоупотреблениям своим монопольным положением господствующих хозяйствующих субъектов, [2009] // Официальный журнал ЕС (OJ) C 45/7, § 87 (руководящий документ).

последствиями [...], (iii) ожидаемая эффективность, обеспечиваемая деятельностью, перевешивает ожидаемое отрицательное влияние на конкуренцию и благосостояние потребителей на затрагиваемом рынке [...] (iv) деятельность не приводит к устранению эффективной конкуренции из-за удаления всех или большинства существующих источников фактической или потенциальной конкуренции».²⁴² Далее комиссия отмечает, что «конкуренция между хозяйствующими субъектами является неперенным источником экономической эффективности, включая динамическую эффективность в форме инноваций», тем самым выдвигая требование сохранения во всех случаях определенной остаточной степени конкуренции.²⁴³ Текущий подход не принимает во внимание эффективность, вероятность достижения которой или вероятность передачи на потребителей низка. Аналогичный подход соблюдается в контексте статьи 101(3) Договора о функционировании Европейского союза.²⁴⁴

Риск подхода, основанного на критерии экономической сбалансированности, состоит в том, что в своей практике суды и органы надзора за конкуренцией могут делать больший упор на ограничения аллокационной эффективности, чем на выгоды динамической эффективности. Вероятность того, что такие проверки экономического баланса могут на практике скорее учитывать статическую эффективность, чем динамические эффекты, привела к мнению о том, что законодательство о защите конкуренции должно обратиться к динамическому анализу и включить в качестве цели инновации.

с. Законодательство о защите конкуренции и поворот в сторону динамического анализа

(i) «Динамическая конкуренция» как критерий анализа законодательства о защите конкуренции

Имеющееся в тесте на достижение экономического равновесия смещение в пользу конкуренции навел многих авторов на мысль применить к законодательству о защите конкуренции более динамический подход, который включал бы в себя инновации как одну из целей законодательства о конкуренции. Понятие «динамической конкуренции» сочетает в себе ряд

теорий, отличающих его от «модели статической конкуренции».²⁴⁵ Джерри Эллиг и Даниэль Лин описали основные параметры научного определения закона динамической конкуренции: (i) Шумпетеровская конкуренция ориентирована не на цену и выпуск, но на новые продукты, новые технологии, новые источники поставок продукции, новые организационные формы. Обладание влиянием на рынке признано согласующимся с активной конкуренцией; (ii) эволюционная конкуренция признает, что фирмы обрастают привычными способами производства и что совокупность способов, которые лучше всего обеспечивают развитие и процветание предприятия, отбирается в процессе конкуренции, который должен протекать свободно (без вмешательства); (iii) с австрийской точки зрения информация о способах производства и потребительских предпочтениях не является полной; таким образом, конкуренция – это процесс, посредством которого предприятия открывают новые ресурсы и более совершенные способы удовлетворять клиентов; (iv) подход на основе зависимости от предыдущего развития опирается на рост прибыли и сетевой эффект, признавая, что потребители могут замкнуться на технически отсталых вариантах продукции и что конкуренция часто принимает форму борьбы, при которой «победитель получает все»; наконец (v), подход, опирающийся на ресурсы, подчеркивает наличие возможностей превращать ресурсы в ценный выпуск и, тем самым, повышать рентабельность.²⁴⁶ Общей чертой этих различных теорий «динамической конкуренции» является то, что они включают в себя инновации в качестве ключевого элемента процесса конкуренции.

²⁴² Там же, § 30.

²⁴³ Там же.

²⁴⁴ Еврокомиссия, Уведомление - в Руководящих указаниях по применению статьи 81(3) [2004] (см. сноску 107), § 51, отмечается, что «все притязания на эффективность должны <...> носить обоснованный характер, позволяющий проверить: (i) природу заявленной эффективности, (ii) связь между соглашением и эффективностью, (iii) вероятность и величину каждой заявленной эффективности и (iv) как и когда будет достигнута каждая заявленная эффективность». Согласно Комиссии стороны должны описать и детально объяснить, какова природа эффективности, как и почему она приносит объективную экономическую выгоду, а также обосновать имеющиеся прогнозы в отношении даты, начиная с которой эффективность начнет проявляться и оказывать существенное положительное влияние на рынок. Необоснованные притязания на эффективность отклоняются. Эти требования также применяются в контексте статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза.

²⁴⁵ По поводу этого сопоставления см: Тепперман и Сандерсон (Tepperman and Sanderson) (см. сноску 93), 5, «Конкуренция, опирающаяся на последовательное внедрение новых или усовершенствованных продуктов с течением времени, называется динамической конкуренцией. Динамическую конкуренцию, опирающуюся на инвестиции в НИОКР, можно рассматривать как одну из форм «конкуренции за рынок» и различать ее от ценовой конкуренции, которая является «конкуренцией на рынке». Но это определение является чересчур упрощенным. Безусловно, есть много ситуаций, когда имеют место обе формы конкуренции—фирмы могут бороться за клиентов посредством снижения цен и повышения качества существующей продукции, а также путем осуществления инноваций в целях вывода на рынок новой продукции. Тем не менее, эта дихотомия конкурентной борьбы служит для того, чтобы подчеркнуть важный контраст. При статическом взгляде на конкуренцию существующая совокупность продукции и участников рынка принимается как данность, и при этом конкурентное поведение этих участников рынка описывается с помощью стратегических инструментов таких как ценообразование или реклама, которые могут применяться и варьироваться в «краткосрочной перспективе». Динамическая конкуренция предполагает создание новой продукции и (потенциально) также новых рынков, наряду с заменой или вытеснением прежних продуктов. Кроме того, она прямо или косвенно подразумевает появление и уход фирм с рынка—при этом нет никакой гарантии, что ныне успешная фирма будет способна предложить продукты, имеющие потребительские качества, востребованные потребителями в будущем».

²⁴⁶ Джерри Эллиг и Даниэль Лин (Jerry Ellig, Daniel Lin) «Таксономия теорий динамической конкуренции» ('A Taxonomy of Dynamic Competition Theories') // Под ред. Джерри Эллига «Динамическая конкуренция и государственная политика – проблемы технологии, инновации и антимонопольного права» ('Dynamic Competition and Public Policy – Technology, Innovation and Antitrust Issues') (Cambridge University Press 2011). С. 16-44.

Ряд авторов занимались изучением последствий такого динамического анализа для законодательства о конкуренции. Ричард Гилберт и Стивен Саншайн выступили в пользу того, чтобы непосредственно включить аспекты динамической эффективности в контроль сделок слияния при помощи понятия «инновационных рынков».²⁴⁷ Дэвид Эванс и Ричард Шмалензее отметили, что «фирмы включаются в динамическую конкуренцию за рынок в форме последовательной борьбы за абсолютную победу в целях производства коренных инноваций, а не в форме статической ценовой/продуктовой конкуренции на рынке».²⁴⁸ Они выступили в пользу анализа законодательства о защите конкуренции в «динамичных отраслях», где необходимо прямо учитывать «динамическую конкуренцию», тем самым проводя различие между применением законодательства о защите конкуренции в отраслях «новой экономики» или «отраслях высоких технологий» и отраслях «старой экономики». Кристофер Плеаикас и Дэвид Тис подвергли критике принципы статического анализа, применяющиеся для определения рынков и измерения степени рыночного влияния без должного учета того, что конкурентная основа во многих высокотехнологичных отраслях фундаментально отличается от конкурентной основы в более зрелых стабильных отраслях в связи с тем, что в первом случае гораздо больший вес имеет не ценовая конкуренция, а конкуренция за эффективность, что требует проведения «более динамического анализа».²⁴⁹ Сидак и Тис выступили за «нео-Шумпетеровскую систему анализа антимонопольного законодательства, при которой при оценке рыночного влияния предпочтение отдается не статической, но динамической конкуренции, где придается меньший вес доле рынка и концентрации на рынке».²⁵⁰ Существуют различные определения понятия «динамической конкуренции». В некоторых подчеркивается временной аспект на том основании, что «в моделях динамической конкуренции предполагается прогноз конкурентных результатов в будущем».²⁵¹ В других отмечалось, что

«динамика является сокращенным обозначением разнообразных и строго конкурентных практик, например, значительной дифференциации продуктов и оперативного реагирования на изменения, будь то в результате инноваций или просто появления на рынке новых возможностей вследствие изменений «вкуса» или появления иных факторов нарушения рыночного равновесия»,²⁵² и отхода от понятия равновесия, по крайней мере, в его нестохастической форме. При динамическом анализе «конкуренция рассматривается в более широкой перспективе при меньшем внимании к результатам и большем к процессу».²⁵³ Этот подход может требовать полного пересмотра способа трактовки инноваций в законодательстве о защите конкуренции.

Майкл Кац и Говард Шелански обратили внимание на то, что инновации могут оказывать мультиплицированное воздействие на выигрыш в эффективности, предложив принимать в расчет динамический выигрыш в эффективности, даже если он не является определенным, таким образом осуществив отход от традиционно враждебного отношения законодательства о защите конкуренции к неопределенному выигрышу в эффективности путем применения подхода на основе ожидаемой стоимости, учитывающего как масштаб, так и вероятность потенциального выигрыша в эффективности в связи со слиянием.²⁵⁴ Они также предложили привлекать органы по защите конкуренции и суды в рамках подхода, учитывающего теоретические решения в условиях неопределенности, который определяет направление действий, приносящих максимальный ожидаемый результат, где ожидаемая стоимость осуществления действия соответствует отдаче, отождествляемой с различными возможными результатами, вытекающими из данного действия, которая взвешивается с учетом вероятности того, что эти результаты будут получены в случае осуществления действия.²⁵⁵ При таком подходе органы, принимающие решения, должны основывать свое суждение на более широкой доказательной базе о развитии конкуренции в той или иной отрасли. Джонатан Бейкер также предложил использовать отраслевой подход в практике применения норм законодательства о защите конкуренции, считая, что соответствующие органы должны применять законодательство в соответствии с отраслевой спецификой: с учетом «рынков по принципу «победитель получает все» или рынков, где существующая продуктовая конъюнктура не влияет на перспективную, складывающуюся в результате

247 Ричард Дж. Гилберт и Стивен К. Саншайн (Richard J Gilbert and Steven C Sunshine) «Включение аспектов динамической эффективности в анализ сделок слияния: использование понятия инновационных рынков» (Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets). 1995. С. 63 *Antitrust Law Journal*, 569.

248 Дэвид С. Эванс и Ричард Шмалензее (David S Evans and Richard Schmalensee) «Отдельные экономические аспекты анализа антимонопольного законодательства в отраслях с наличием динамической конкуренции» (Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries) // Под ред. Адама Б. Джаффе (Adam B Jaffe), Джоша Лернера (Josh Lerner) и Скотта Стерна (Scott Stern) «Политика содействия инновациям и экономика» (Innovation Policy and the Economy). Т. 2, (MIT Press 2002). О различии между конкуренцией за рынок и конкуренцией на рынке см. Пол А. Джероски (Paul A Geroski) «Конкуренция на рынках и конкуренция за рынки». 2003. 3 *Journal of Industry, Competition and Trade* 151.

249 Кристофер Плеаикас и Дэвид Тис (Christopher Pleatsikas and David Teece) «Анализ определения рынка и рыночного влияния в контексте ускоренного инновационного развития» (The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation). 2001 // 19 *International Journal of Industrial Organization* 665.

250 Грегори Дж. Сидак и Дэвид Дж. Тис (Gregory J Sidak and David J Teece). «Динамическая конкуренция в антимонопольном законодательстве» (Dynamic Competition in Antitrust Law). 2009 // 5(4) *Journal of Competition Law & Economics*. С. 581.

251 Дуглас Г. Гинзбург и Джошуа Д. Райт (Douglas H Ginsburg and Joshua D Wright). «Динамический анализ и границы антимонопольных институтов». 2012. 78(1) *Antitrust Law Journal* 1.

252 Дэвид Дж. Тис (David J Teece). «Поворот от статической к динамической конкуренции: последствия для анализа антимонопольного законодательства и политики» (Implications for Antitrust Analysis and Policy) // Изд. Джеффри А. Манна и Джошуа Д. Райта (Geoffrey A Manne and Joshua D Wright). «Политика защиты конкуренции и патентное право в условиях неопределенности» («Competition Policy and Patent law under Uncertainty») Cambridge University Press, 2011. С. 203, 211.

253 Там же, С. 217.

254 Говард А. Шелански и Майкл Л. Кац (Howard A Shelanski and Michael L Katz). «Сделки слияния и инновации» (Mergers and Innovation). 2007. 74 *Antitrust Law Journal* 1.

255 Там же.

грядущих изменений в технологии, роста спроса или вмешательства регулирующих органов.²⁵⁶

Другие авторы выступили против мнения о том, что анализ законодательства о защите конкуренции является статическим и не учитывает динамическую конкуренцию. Карл Шапиро подверг критике мнение о том, что во главу угла законодательства о защите конкуренции необходимо поставить аспекты, связанные с инновациями и динамической конкуренцией, в качестве меры предосторожности при установлении границ поведения преобладающих фирм или запрета сделок слияния в динамичных отраслях, отметив, что в нынешних условиях лидеры рынка могут быть в состоянии поддерживать или расширять свое превосходство, сдерживая темпы инноваций, и доказывая, что доктрина конкуренции не ограничивается статическим анализом.²⁵⁷ В последних работах Ганса указывалось, что статический анализ не приводит к ошибочным выводам и может вполне заменять собой анализ динамического эффекта, за исключением тех случаев, когда среди инновационных участников рынка преобладает модель коммерциализации на основе сотрудничества, а не конкуренции с вновь возникающими фирмами, когда необходимо использовать сочетание статического и динамического анализа.²⁵⁸

Джошуа Райт выразил сомнение в том, что нынешнее состояние теоретического аппарата и эмпирических доказательств в законодательстве о защите конкуренции может обеспечить проведение сложного изучения компромиссов, требуемого для динамического анализа законодательства о защите конкуренции.²⁵⁹ Опираясь на материалы предыдущей работы Гарольда Демсеца,²⁶⁰ Райт подчеркнул сложность задачи взвешивать влияние на ряд аспектов конкуренции, на которые может воздействовать конкретный тип поведения. В некоторых случаях один аспект конкуренции (например,

цена) негативно коррелирует с другим (например, новыми продуктами, инновациями или качеством), и такая негативная корреляция означает, что для выбора оптимальной совокупности форм конкуренции требуется знать, какие «технические темпы замещения существуют между этими новыми формами с тем, чтобы преобразовать различные формы в общие единицы измерения благосостояния потребителей».²⁶¹ Однако, как отметил Райт, анализ законодательства о защите конкуренции «не образует аналитически согласованного метода, позволяющего соотнести между собой меры измерения интенсивности, эффективности или благосостояния потребителей».²⁶² Райт выступил против того, чтобы в отсутствие ясного и убедительного доказательства значительного вреда для потребителей предполагать антиконкурентный эффект в данном контексте и применять общий руководящий принцип уважения процесса конкуренции.²⁶³

Эти противоположные точки зрения свидетельствуют о наличии определенных расхождений в отношении адекватных методик, в соответствии с которым можно было бы включить инновации и «динамическую конкуренцию» в анализ законодательства о защите конкуренции. Часть авторов выступает за модификацию существующих инструментов при повышенном внимании к возможным динамическим антиконкурентным эффектам и к динамическим выигрышам для эффективности, что в конечном счете смещает процесс достижения экономического равновесия в пользу факторов динамической эффективности. Другие авторы выступают за индивидуальный подход к «динамической конкуренции» на основе разработки новых понятий и инструментов,²⁶⁴ например, таких как инновационные рынки и законодательство о защите конкуренции, во главу угла которого поставлены инновации.²⁶⁵

Здесь важно отметить, что какой бы подход ни использовался в отношении учета «динамической конкуренции», это практически не влияет на взаимоотношения между законодательством о защите конкуренции и правам ИС. Другими словами, этот вопрос не относится к сфере взаимодействия между «статической конкуренцией» и «динамической конкуренцией» в рамках анализа законодательства о защите конкуренции. Прежде всего, здесь нельзя использовать предположение, что права интеллектуальной собственности способствуют

256 Джонатан Бейкер (Jonathan Baker) «За рамками противостояния сторонников Шумпетера и Эрроу: как антимонопольное законодательство способствует инновациям» ('Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation'). 2007. 74(3) Antitrust Law Journal 575.

257 Карл Шапиро. (Carl Shapiro) «Антимонопольное законодательство, инновации и интеллектуальная собственность – выступление перед комиссией по реформе антимонопольного законодательства» ('Antitrust, Innovation, and Intellectual Property - Testimony Before the Antitrust Modernization Commission'). 8 ноября 2005 г.

258 Джошуа С. Ганс (Joshua S Gans). «Когда статического анализа достаточно для учета динамических аспектов? Новый взгляд на взаимоотношения между антимонопольным законодательством и инновациями» ('When Is Static Analysis a Sufficient Proxy for Dynamic Considerations? Reconsidering Antitrust and Innovation'). 2011. 11(1) Innovation Policy and the Economy. С. 55.

259 Джошуа Д. Райт (Joshua D. Wright). «Антимонопольное законодательство, многомерная конкуренция и инновации: существует ли сейчас теория конкуренции, применимая в антимонопольном законодательстве?» ('Antitrust, Multidimensional Competition and Innovation – Do we Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?'), // Изд. Джеффри А. Манна и Джошуа Д. Райта (Geoffrey A Manne and Joshua D Wright). «Политика защиты конкуренции и патентное право в условиях неопределенности» ('Competition Policy and Patent law under Uncertainty'). Cambridge University Press, 2011. С. 228-251.

260 Гарольд Демсец (Harold Demsetz). «100 лет антимонопольного законодательства: есть ли у нас повод для торжества?» ('100 Years of Antitrust: Should we Celebrate?') // Лекция в память Брента Т. Упсона, George Mason University School of Law, Law and Economics Center. 1991.

261 Райт (Wright). «Антимонопольное законодательство, многомерная конкуренция и инновации» ('Antitrust, Multidimensional Competition and Innovation'). № 259. С. 241.

262 Там же, с. 233

263 Там же, с. 251.

264 Гилберт и Саншайн (Gilbert and Sunshine) (см. сноску 247); Маркус Глейдер (Marcus Glader) «Инновационные рынки и анализ рыночной конъюнктуры: законодательство ЕС о защите конкуренции и антимонопольное законодательство США» ('Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law'). Edward Elgar, 2006.

265 Майкл А. Кэрриер (Michael A Carrier). «Разрешение парадокса антимонопольного законодательства и патентов на основе трехсторонней инновации» ('Resolving the Patent-Antitrust Paradox Through Tripartite Innovation'). 2003. 56 Vanderbilt Law Review. С. 1047.

«динамической конкуренции», так как это зависит от характера отраслевой инновационной активности (в том числе от степени кумулятивной инновации) или от силы защиты ИС (в частности). Если это справедливо, то ориентация законодательства о защите конкуренции на «статическую конкуренцию» или «динамическую конкуренцию» не имеет значения применительно к взаимодействию между двумя указанными областями права. В самом деле, статический анализ законодательства о защите конкуренции мог бы быть, как минимум, несовершенным вариантом, если сравнивать его с выбором защиты прав ИС, которая ограничила бы «статическую конкуренцию», но при этом ничего бы не дала для развития «динамической конкуренции». Защищать «статическую конкуренцию» все равно лучше, чем не защищать никакую форму конкуренции. Во-вторых, даже если предположить, что права интеллектуальной собственности способствуют «динамической эффективности» или «динамической конкуренции»,²⁶⁶ что было бы весьма сомнительным в виду имеющейся доказательной базы, все равно не понятно, как это может влиять на взаимоотношения законодательства о защите конкуренции с правами интеллектуальной собственности. Если законодательство о защите конкуренции направлено на содействие как «динамической конкуренции», так и «статической конкуренции», оно будет намного более совершенным инструментом, чем законодательство об охране интеллектуальной собственности, которое приносит «статическую конкуренцию» в жертву «динамической», но только в том случае, если при этом не учитывать, что «динамическая эффективность» перевешивает «статическую эффективность» и что методология для учета динамической эффективности в законодательстве об охране интеллектуальной собственности является более совершенной, чем методология анализа законодательства о защите конкуренции. Однако нет никаких причин считать, что законодательство об охране интеллектуальной собственности имеет более совершенную «технология» для учета аспектов динамической эффективности в анализе, чем законодательство о защите конкуренции. Законодательство о защите конкуренции будет худшей альтернативой по сравнению с законодательством об охране интеллектуальной собственности только в том случае, если оно ориентировано исключительно на «статическую эффективность» (если считать, что интеллектуальная собственность может способствовать «динамической эффективности»). Поэтому если в законодательстве о защите конкуренции «динамическая конкуренция» и инновации будут поставлены во главу угла, специалисты по законодательству о защите конкуренции могут в конечном счете превратить его в более эффективный инструмент регулирования,

266 Если предположить, что инновации занимают первое место в потребительских предпочтениях, а также что динамическая конкуренция – это процесс, позволяющий потребителям извлечь из них максимальную пользу, то понятия «динамическая эффективность» и «динамическая конкуренция» оказываются близкими и могут заменять друг друга.

чем законодательство об охране интеллектуальной собственности, с точки зрения содействия инновационному развитию.

(ii) Технологические и инновационные рынки в США и законодательство ЕС о защите конкуренции

Как указано в Правилах Министерства юстиции США и Федеральной комиссии по торговле применительно к лицензированию ИС, договоренности могут повлиять на цены или объем выпуска на рынках трех следующих типов: рынок существующих товаров и услуг, технологический рынок, включающий в себя защищенные лицензиями объекты интеллектуальной собственности и ближайшие аналоги, а также инновационный рынок, включающий в себя исследования и разработки, направленные на конкретные новые или усовершенствованные товары или процессы и ближайшие аналоги таких исследований и разработок («продукты будущего»)²⁶⁷. Технологические и инновационные рынки служат аналитическим инструментом для прогнозирования изменений цен или объема выпуска товаров и услуг.

Согласно Правилам Министерства юстиции США и Федеральной комиссии по торговле, технологические рынки состоят из лицензируемых объектов интеллектуальной собственности, а также из их ближайших аналогов, технологий или товаров, являющихся достаточно близкими аналогами с точки зрения значительного ограничения рыночного влияния в отношении лицензируемых объектов интеллектуальной собственности. Данное понятие применяется, когда коммерциализация прав на интеллектуальную собственность осуществляется отдельно от продукции, в которых они используются, и когда технология является вводимым ресурсом, являющимся частью продукта или процесса производства. В качестве примера можно привести фирму, находящуюся на начальном этапе процесса производства и не являющуюся вертикально интегрированной с фирмами, находящимися на последующих этапах производства и коммерциализации продукции. Это понятие также содержится в регламенте ЕС, регулирующем договоры о передаче технологии (EU Block exemption regulation), и в соответствующих правилах.²⁶⁸ Они определяют границы того или иного технологического рынка, причем как Европейская комиссия, так и органы США применяют тест на гипотетическую монополию (или тест SSNIP),²⁶⁹ который определяет минимальную группу таких технологий

267 Правила лицензирования прав ИС Министерства юстиции и Федеральной комиссии по торговле США, (см. сноску 220), разд. 3.2. На различия между тремя данными типами рынка впервые указал Вильям Ф. Бакстер (William F. Baxter) в работе «Определение и измерение рыночного влияния в отраслях, характеризующихся ускоренным развитием и сменой технологий» ('The Definition and Measurement of Market Power in Industries Characterized by Rapidly Developing and Changing Technologies'). 1984 // 53 Antitrust Law Journal. С. 717.

268 Правила применения статьи 81 Договора об учреждении ЕС в отношении договоров о передаче технологий (см. сноску 106), п. 19-25.

269 Эта аббревиатура расшифровывается как Small but Significant and Non-transitory Increase in Price test (тест на небольшое, но значительное увеличение цены, не носящее временный характер).

и товаров, в отношении которых гипотетический монополист, владеющий такими технологиями и товарами, может использовать рыночное влияние путем небольшого, но значительного повышения цены, не носящего временный характер (например, ренты), в пределах 5-10%.

Понятие инновационных рынков позволяет органам по защите конкуренции оценивать влияние антиконкурентной практики на разработки и исследования, а также, в конечном счете, на рынки продуктов будущего. Джилберт и Саншайн предложили для определения инновационных рынков использовать процесс, состоящий из пяти этапов: во-первых, определить пересекающиеся НИОКР фирм, являющихся предметом слияния; во-вторых, выявить альтернативные источники НИОКР; в-третьих, оценить существующую и потенциальную конъюнктуру со стороны продуктов глубокой переработки, которые могут сделать нерентабельным повышение цен или снижение объемов производства со стороны гипотетического монополиста по НИОКР; в-четвертых, оценить потенциальный эффект роста концентрации в результате практического применения продуктов на конъюнктуру в сфере инвестиций и НИОКР; в-пятых, оценить эффективность, возникающую в результате практического применения, которая может привести к росту выпуска и снижению цены промышленных образцов НИОКР на изучаемом инновационном рынке для определения того, способен ли выигрывать в эффективности перевесить возможный антиконкурентный эффект.²⁷⁰ Альтернативой такого подхода на основе определения инновационных рынков может быть использование теории потенциальной конкуренции и, в частности, изучение возможностей для ограничения цен, стратегии сдерживания цен в целях снижения риска выхода на рынок в перспективе.²⁷¹ Но для того, чтобы применить анализ потенциальной конкуренции, может потребоваться, чтобы одна из фирм была сложившимся поставщиком соответствующих товаров и услуг, что не всегда бывает на практике, и поэтому некоторые эффекты, например, возможные задержки внедрения нового лекарственного препарата на рынке, невозможно отследить с помощью инструментария потенциальной конкуренции.²⁷² Итак, понятие инновационных рынков расширяет возможности законодательства о защите конкуренции в плане оценки влияния на исследовательские инструменты или процессы конкуренции. Однако это понятие было подвергнуто критике в целом ряде аспектов: во-первых, НИОКР являются только лишь вводимым ресурсом при производстве товаров и услуг, тогда как

анализ законодательства о конкуренции должен быть ориентирован на выпуск, фактическое предложение будущих товаров/услуг; во-вторых, источники НИОКР может оказаться трудно определить, так как научные открытия могут поступать из самых неожиданных мест; в-третьих, в экономической теории нет прочной эмпирической базы для того, чтобы предположить, что сокращение количества фирм, занимающихся НИОКР, негативно влияет на инновации (что существует взаимосвязь между структурой рынка и инновациями), так как исключение избыточных расходов, сокращение затрат, а также возможность для фирмы полностью использовать результаты программы НИОКР могут ускорить процесс инноваций (если придерживаться Шумпетеровского взгляда).²⁷³

С учетом того, что договоренность о выдаче лицензии может влиять на разработку товаров, которые еще не существуют, Правилами лицензирования прав ИС Министерства юстиции и Федеральной комиссии по торговле США допускается выполнение анализа такого влияния либо как отдельного конъюнктурного эффекта на соответствующем рынке товаров или технологий, либо как конъюнктурного эффекта на отдельном инновационном рынке.²⁷⁴ Это понятие применяется только в том случае, когда возможности для участия в соответствующих исследованиях и разработке могут ассоциироваться со специфическими активами или характеристиками специфических фирм. При этом государственные органы опираются на рыночную информацию или информацию покупателей и оценки участников рынка в отношении важности инновационных игроков для конкуренции на этом рынке. Использование этого понятия в ряде известных дел, связанных со сделками слияния, было спорным.²⁷⁵ В Европе Правила ЕС не приписывают данному понятию такую же важность, как понятию технологических рынков. Европейская комиссия признает, что соглашения о лицензировании могут влиять на инновационные рынки, но при анализе такого влияния ЕК предпочитает ограничиваться изучением влияния таких соглашений на конкуренцию, складывающуюся на существующих продуктовых и технологических рынках. Определять также инновационные рынки считается разумным и необходимым лишь в ограниченных случаях, например, там, где такие соглашения влияют на инновации, направленные на разработку новых продуктов и где можно на раннем этапе определить центры разработок и исследований, и в этих случаях ЕК занимается анализом того, будет ли количество конкурирующих между собой научно-исследовательских центров, оставшихся после заключения такого соглашения, достаточным для

270 Гилберт и Саншайн (Gilbert and Sunshine) (см. сноску 247). С. 596-597.

271 Роберт Дж. Гернер (Robert J. Hoerner) «Инновационные рынки: новое вино в старых мехак?» (Innovation Markets: New Wine in Old Bottles?). 1995. 64 Antitrust Law Journal. С. 49.

272 Ричард Дж. Гилберт (Richard J. Gilbert). «Конкуренция и инновации» // Под ред. Уэйна Д. Коллинза «1 Секция ААА по проблемам антимонопольного законодательства: вопросы законодательства и политики защиты конкуренции» ('1 ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy') 577, 583 (Американская ассоциация адвокатов, 2008), гл. 26.

273 Там же.

274 Правила лицензирования прав ИС Министерства юстиции и Федеральной комиссии по торговле США (см. сноску 220), разд. 3.2.3.

275 См., например, дело Genzyme Corporation / Novazyme Pharmaceuticals Inc. и заявление Председателя Т. Мьюриса (Т. Muris) (критически относящегося к применению этого понятия): <<http://www.ftc.gov/os/2004/01/murisgenzymestmt.pdf>>, последнее обращение 28 апреля 2013 г.

сохранения эффективной конъюнктуры в инновационной сфере.

(iii) Динамический анализ в контексте оценки законодательства о защите конкуренции в процессе осуществления контроля за сделками слияния и антимонопольного контроля

В большинстве случаев динамический анализ включен в оценку законодательства о защите конкуренции через учет «динамической эффективности». Как отмечалось рядом комментаторов, «в экономике конкуренции динамическая эффективность соотносится с наличием необходимых стимулов и возможностей для повышения производительности и участия в инновациях с течением времени, что может привести к выпуску более дешевых, усовершенствованных или новых продуктов, которые удовлетворяют потребителей в большей степени, чем прежние варианты потребления», причем это понятие связано со «способностью фирмы, отрасли или экономики использовать свой потенциал для создания инноваций, разработки новых технологий и, тем самым, для расширения потенциального горизонта производства».²⁷⁶ В правоприменительной практике законодательства о защите конкуренции следует учитывать как статическую, так и динамическую эффективность. Как было отмечено нами ранее, требования о предъявлении доказательств выигрыша для эффективности по законодательству о защите конкуренции, в частности, в контексте ЕС, могут затруднить учет динамической эффективности.²⁷⁷

Основные сложности связаны, во-первых, с требованием проверки, а также с тем, что выигрыши для эффективности и их передача потребителям (положение которых не должно ухудшиться по сравнению с положением накануне антиконкурентного поведения) должны быть достаточно вероятными в виду того, что бремя доказательства ложится на ответчиков.²⁷⁸ Фирме может быть сложно представить необходимый объем доказательств в отношении причинно-следственной связи и расчета постепенного прироста в результате инноваций, большая часть которого относится к будущей

продукции.²⁷⁹ Отдаленная динамическая эффективность также может в определенной степени потеряться на фоне краткосрочного антиконкурентного эффекта. Во-вторых, требование об обязательности ограничений для реализации динамического выигрыша для эффективности (при контроле сделок слияния заявления о достижении динамической эффективности должны относиться к данной сделке слияния) поднимает вопрос о причинно-следственной связи и о наличии альтернатив, менее ограничительных с точки зрения конкуренции, для достижения того же выигрыша для эффективности.²⁸⁰ В-третьих, особенно труднодостижимым является компромисс между статической неэффективностью, связанной с распределением ресурсов вследствие повышения цен, и динамической эффективностью. Часть авторов выступает за «чисто динамический стандарт потребительского благосостояния» в целях достижения равновесия между ущербом для потребителя, вытекающим из краткосрочного повышения цен, и выгодой для потребителя в результате снижения цен в долгосрочной перспективе вследствие распространения экономии затрат, вызванной сделкой слияния, на других конкурентов.²⁸¹ Однако, как подчеркивалось выше, применение соответствующей ставки дисконтирования к будущим периодам времени для того, чтобы придать больший вес относительно более определенному краткосрочному эффекту по сравнению с неопределенной динамической эффективностью может подорвать саму задачу поощрения «динамической конкуренции». В качестве вывода скажем, что в большинстве случаев компромисс между статической и динамической эффективностью будет принимать форму «грубого сравнения».²⁸²

276 Андрей Фатур (Andrej Fatur). «Законодательство ЕС о защите конкуренции и отрасль информационно-коммуникационных технологий» ('EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries'). Hart Publishing 2012. С. 40. См. Также: Хесус Уэрта Де Сото (Jesús Huerta De Soto). «Теория динамической эффективности» ('The Theory of Dynamic Efficiency'). Routledge, 2009.

277 Правила, применяемые в США, представляются более гибкими в плане предоставления возможностей для того, чтобы стороны могли аргументированно доказать выигрыш в эффективности. Сравнение вреда, наносимого антиконкурентной практикой, и эффективности, способствующей конкуренции, осуществляется «по необходимости» на качественной основе.

278 Например, согласно Правилам оценки горизонтальных сделок слияния в рамках Регламента Совета по контролю сделок объединения предприятий (ЕК) [2004] OJ C31/03, п. 79-88, заявления о выигрыше для эффективности должны быть «обоснованными», «проверяемыми», «точными и убедительными», а также количественно рассчитанными «по мере возможности». Раздел 9.3 Формы СО требует уведомлять стороны, заявляющие о выигрыше для эффективности, о необходимости передать подробные расчеты, в том числе экономии затрат и оценки важности внедрения новых продуктов и усовершенствования существующих.

279 Подробный анализ см. Кристиан Р. Факельманн (Christian R Fackelmann). «Учет аспектов динамической эффективности в практике ЕК по контролю сделок слияния. Трудноразрешимый вопрос или перспективный шанс для инноваций?» ('Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control. An Intractable Subject or a Promising Chance for Innovation?') // Рабочий документ Оксфордского центра по изучению законодательства и политики защиты конкуренции № L-09/06. С. 23-32. (Делается вывод о том, что «количественный расчет динамической эффективности, как представляется, выходит за рамки (предварительного) экономического анализа, не говоря уже о правоприменительной практике». Даже если оценка динамической эффективности является чисто качественной, Правила ЕС по оценке горизонтальных сделок слияния требуют, чтобы фирмы предоставляли материалы, по которым можно определить «четко проявляющееся, а не незначительное позитивное влияние на потребителей», что лишь повышает требования к доказательствам, предъявляемым сторонами).

280 По Правилам применения статьи 81 [в настоящее время – статья 101 TFEU] Договора об учреждении ЕС в отношении договоров о передаче технологий (см. сноску 106), предприятия, заявляющие о получении выигрыша для эффективности, должны объяснить и продемонстрировать, почему внешне реалистичные и значительно менее ограничительные альтернативы являются значительно менее эффективными с динамической точки зрения. В этом отношении регулирующие органы США представляются более гибкими. В Правилах США указано, что «органы регулирования не должны заниматься поиском теоретически менее ограничительной альтернативы, не являющейся реалистичной в перспективных практических условиях деятельности сторон».

281 Стивен К. Салоп (Steven C Salop). «Эффективность в динамическом анализе сделок слияния» ('Efficiencies in Dynamic Merger Analysis'). 1995 / Выступление на слушаниях в Федеральной комиссии по торговле США по проблеме глобальной и связанной с инновациями конкуренции, см. www.ftc.gov/opp/global/saloptst.htm последнее обращение 29 апреля 2013 г.

282 Тепперман и Сандерсон (Tepperman and Sanderson) (см. сноску 93). С. 33.

В качестве одного из возможных способов решения проблемы риска завышения влияния статической неэффективности распределения ресурсов можно придать больший вес динамической эффективности по сравнению со статическим эффектом. Тепперман и Сандерсон приводят два обоснования для этого.²⁸³ Во-первых, источников динамической эффективности может быть много, а источник неэффективного распределения ресурсов только один – это является следствием значительного сопутствующего эффекта, который инновации на одном рынке или отрасли могут вызвать на других рынках или отраслях и, тем самым, распространить его на другую совокупность потребителей. Этот эффект не учитывается при традиционном анализе законодательстве о защите конкуренции, который направлен на изучение влияния на соответствующем рынке (в результате выполнения частичного анализа равновесия) и не включает в анализ изучение межрыночного влияния. Европейская комиссия учитывает позитивное влияние соглашения на благосостояние, если «группа потребителей, на которую влияют ограничения и которая получает пользу от выигрыша в эффективности, остается практически прежней».²⁸⁴ Позиция Европейского суда по данному вопросу представляется более либеральной. По ряду дел о применении статьи 101(3) он учел преимущества, вытекающие из соглашения, не только для того или иного конкретного рынка, но и для «любого другого рынка, на который рассматриваемое соглашение может оказывать благотворное действие».²⁸⁵ Во-вторых, ценовое влияние, как правило, является преходящим ввиду динамического характера конкуренции, так как рост рентабельности обычно привлекает новых игроков и начинается новый круг инноваций в целях смещения лидера. Этот вывод опирается на предположение о том, что лидер рынка не сможет затруднить или воспрепятствовать появлению новых участников посредством применения эксклюзивных прав (например, прав ИС) или мер стратегического поведения (например, использования демпинговых цен, навязывания условий).

Каковы различные источники выигрыша для динамической эффективности?²⁸⁶ Во-первых, выигрыш для динамической эффективности может с течением времени вытекать из экономии переменных и фиксированных издержек. Во-вторых, выигрыш может возникать из сочетания программ НИОКР или различных потенциалов, создающих синергию (они

²⁸³ Там же.

²⁸⁴ Европейская комиссия, инструктивное письмо о применении статьи 101(3) (см. сноску 107), п. 43. При этом ЕК отмечает в своих Правилах оценки горизонтальных сделок слияния (см. сноска 278), п. 79, что «потребители могут также получать пользу от новых или усовершенствованных продуктов или услуг, например, в результате выигрыша для эффективности в сфере НИОКР и инноваций», таким образом, не ограничивая рассмотрение эффективности конкретным соответствующим рынком.

²⁸⁵ Дело T-86/95 компании Компани генераль маритим (Compagnie générale maritime) и другие против ЕК [2002] ECR II-2011, п. 130; дело T-213/00 компании CMA GCM и другие против ЕК [2003] ECR II-913, п. 227.

²⁸⁶ Тепперман и Сандерсон (Tepperman and Sanderson) (см. сноску 93), С. 34-38.

могут относиться к объединению деятельности НИОКР, производительных активов или дистрибьюторского потенциала, которые являются другими сегментами инновационного процесса). Синергия НИОКР может сократить опасность расточительного дублирования и устранить избыточные НИОКР. В-третьих, это может привести к эффекту масштаба или размаха НИОКР, если предположить, что программа НИОКР определенного масштаба является более продуктивной, чем две параллельные программы наполовину меньшего размера. Другими аспектами повышения динамической эффективности могут также быть возможность избежать сложных проблем, связанных с патентами, и совершенствование правоприменительной практики защиты прав ИС, так как это повышает рентабельность НИОКР. Еще одним источником выигрыша для динамической эффективности является рост выделения финансовых ресурсов на инновации и более широкое распределение рисков, связанных с НИОКР.

Следует отметить, что ни в Правилах ЕС о передаче технологий, ни в Правилах США о лицензировании прав ИС не рассматриваются различные источники динамической эффективности и не содержатся рекомендации о том, как добиться компромисса между статической и динамической эффективностью на практике. Правила опираются на подход, связанный с общими предположениями, которые предполагают наличие динамической эффективности в том случае, если соглашение о лицензировании попадает в одну из двух «тихий гаваней» регулирования (в виде структурных показателей, например, доли рынка или количества имеющихся технологий). Не так давно в Правилах США по контролю за горизонтальными сделками слияния был включен новый раздел об инновационном и продуктовом разнообразии, в котором анализ динамической конкуренции является частью анализа антиконкурентного влияния. Там признается, что «конкуренция часто заставляет фирмы заниматься инновациями» и что государственные органы США принимают меры в том случае, если «сделка слияния может сократить инновационную деятельность фирмы, являющейся объектом слияния, до уровня ниже того, который преобладал бы в отсутствие слияния».²⁸⁷ Возможное влияние на инновации может принимать различные формы, такие как, например, сокращение стимулов продолжать текущую деятельность по разработке продуктов или сокращение стимулов инициировать разработку новых продуктов. Что касается динамической эффективности, то в Правилах указано, что «при оценке влияния сделки слияния на инновации государственные органы учитывают способность фирмы, которая является объектом слияния, более эффективно проводить свои исследования или разработки», в частности, если сделка слияния может подтолкнуть инновации без ущерба для краткосрочного ценообразования.²⁸⁸ Тем не менее,

²⁸⁷ Правила контроля горизонтальных сделок слияния Министерства юстиции и Федеральной комиссии по торговле США (2010), адрес документа <<http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>> разд. 6.4

²⁸⁸ Там же, разд. 10.

в Правилах также признается, что «государственные органы должны также учитывать способность фирмы, которая является объектом слияния, получать большую часть выгод, вытекающих из инноваций», включая условия лицензирования и владения интеллектуальной собственностью, которые «вливают на способность фирмы получать выгоды от инноваций». Хотя в Правилах признается, что больший вес придается результатам анализа краткосрочной конъюнктуры, в них также отмечается, что «исследования и разработки могут приводить к существенной экономии затрат и при этом не восприниматься как выигрыш в эффективности в связи с тем, что это сложно установить или что это является результатом антиконкурентного сокращения инновационной деятельности», что, тем самым, открывает возможность для более гибкого учета динамической эффективности.

В условиях множественности юрисдикций компромисс между антиконкурентным эффектом (неэффективным распределением ресурсов) и динамической эффективностью может оказаться еще более труднодостижимым. Можно представить себе ситуацию, когда практика лицензирования влияет на потребителей в юрисдикции А, но при этом позволяет лицензиару, созданному в юрисдикции В, получать выгоду от выигрыша в динамической эффективности. В принципе это не должно быть проблематичным, так как потребители в юрисдикции А в конечном счете получают выгоду от результата инноваций в перспективе. Тем не менее, может выйти так, что продукт будет вначале внедрен на рынке юрисдикции В, тем самым принося выгоды потребителям в этой юрисдикции, тогда как потребители в юрисдикции А по ряду различных причин не смогут в разумный срок воспользоваться выгодами от тех инноваций, ради которых они принесли жертву в виде неэффективного распределения ресурсов. Этот вопрос может стать насущной проблемой с точки зрения политической экономии, если центром инновационной деятельности будет лишь горстка отдельных юрисдикций.

d. Необходимость в применении единой системы «теории решений»

К этому моменту должно быть очевидным, что в прецедентном праве разработано множество стандартов, направленных на решение проблемы антиконкурентных аспектов прав интеллектуальной собственности. Несмотря на всю риторику «прав собственности», органы по применению законодательства о защите конкуренции и суды не прибегают к доктрине жизненно важных средств производства и учитывают потребность в защите инноваций. Тем не менее, применяемые стандарты являются сложными и зависимыми от фактов и, в конечном счете, представляют собой источник неопределенности для фирм.

Потребность в применении единого подхода подчеркивается в работе Алборна, Эванса и Падильи, которые предложили ввести систему «ошибки-

затраты», состоящую из двух этапов. Вначале на основе экономической теории и имеющейся доказательной базы выполняется «оценка затрат и вероятность ошибок в результате осуждения коммерческой практики, приводящей к росту благосостояния, или защиты практики, приводящей к его снижению»; на втором этапе из «совокупности стандартов, начиная с законных *per se* и заканчивая незаконными *per se*, включая доводы здравого смысла, выбирается «правовая норма, сводящая к минимуму ожидаемые затраты на принятие мер с учетом возможности судебной ошибки».²⁸⁹ Авторы исходят из предположения, что «главным является влияние обеспечения доступа к стимулам для развития инноваций, а не характер рассматриваемых прав собственности».²⁹⁰ Нормы, применяемые к правам интеллектуальной собственности, должны действовать в отношении других прав собственности, так как обе совокупности прав являются «результатом предыдущих инвестиций или принятого на себя риска».²⁹¹

Такую исходную позицию можно подвергнуть критике, так как права ИС не всегда являются результатом значительных предыдущих инвестиций или принятого на себя риска. Кроме того, этот подход не принимает в расчет различные степени «предыдущих инвестиций или принятого на себя риска». Незначительные инвестиционные усилия при этом ставятся на одну доску со значительными. Принятое авторами предположение можно объяснить тем, что они пытаются обойти проблему соотношения стимулов для инноваций и антиконкурентного эффекта (неэффективности распределения ресурсов), которая, по их мнению, представляет собой «чрезвычайно сложную» и «неподъемную» задачу для судов.²⁹² Однако даже если согласиться с тем, что это сложный и до сих пор не разрешенный вопрос, такая позиция все равно не дает достаточно оснований для принятия столь важного предположения.

По мнению Алборна, Эванса и Падильи, существование принудительного порядка лицензирования неизбежно подрывает у владельца ИС стимулы *ex ante*, чтобы принимать на себя риск, связанный с инвестициями в новые продукты.²⁹³ Однако даже если такая гипотеза является правдоподобным обобщением, она не всегда работает на практике. Рост конкуренции на вторичном рынке заставляет владельца ИС заниматься инновациями, так как это – единственный способ сохранить конкурентное преимущество по сравнению со своими конкурентами. Отрицательный стимул, создаваемый принудительной лицензией, возможно, существует, но при этом также важно учитывать то, что у владельца ИС все равно есть преимущество первого хода, так как спустя краткое время его конкуренты, вероятно, будут в состоянии соперничать с ним на

289 Алборн, Эванс и Падилья (Ahlborn, Evans and Padilla) (см. сноски 161)

290 Там же, с. 1141.

291 Там же, с. 1156.

292 Там же, с. 1143 по 1144.

293 Там же, с. 1129.

равных. При этом изобретатель сможет увеличить свои доходы за счет лицензирования.

При этом Алборн, Эванс и Падиля применяют свою систему «ошибки-затраты» к антимонопольному законодательству, а не к интеллектуальной собственности, которая, по их мнению, является результатом похвального процесса инвестиций и «принятия на себя риска».²⁹⁴ Однако этот двойной стандарт не является оправданным. Ирония состоит в том, что такой подход предполагает, что теория анализа решений может быть целесообразной для оценки антимонопольного законодательства, которое представляет собой созданный судьями закон на основе состязательного процесса, но не для изучения прав ИС, которые предоставляются органом регулирования и, следовательно, в большей мере могут быть предметом ошибки в решении или захвата. В самом деле, за последние двадцать лет после преобразования экономических структур и переноса внимания на конкурентоспособность на мировом рынке защита ИС значительно расширилась. Теперь ее можно получить даже при тривиальных «изобретениях». Анализ законодательства о защите конкуренции *ex post* на индивидуальной основе может в определенных аспектах превосходить подход *ex ante* к интеллектуальной собственности, так как рыночная информация после оформления прав ИС, скорее всего, имеется в наличии. Однако эту проблему можно отчасти решить за счет порядка контроля после выдачи прав.

Кроме того, защита интеллектуальной собственности является ретроспективной. Рассмотрение патентной заявки ориентировано на «предысторию изобретения» и при этом не подразумевается оценка существования возможных заменителей или потенциальных конкурентных продуктов. Эта проблема стоит особенно остро во вновь возникающих отраслях, где предысторию изобретения трудно отследить, так как она разбросана по научным журналам или существует в виде неформального ноу-хау, и результаты анализа, проведенного сотрудником патентного бюро, вполне могут быть ошибочными с точки зрения благосостояния.

Поэтому ошибки типа I (избыточное расширение прав ИС) возникают с большей вероятностью, чем ошибки типа II (недостаточность охвата защиты ИС). Ограничивая негативное влияние ошибок типа I, вызванное широкой защитой прав интеллектуальной собственности, законодательство о защите конкуренции представляет собой необходимое дополнение к законодательству об охране интеллектуальной собственности.

В силу вышесказанного меры, принимаемые в рамках законодательства о защите конкуренции, являются оправданными, если законодательство об охране ИС не смогло обеспечить на рынке соответствующий

уровень инноваций.²⁹⁵ Именно это произошло в деле Magill, где правами интеллектуальной собственности был оформлен простой набор данных, не имеющий признаков каких-либо инновационных усилий. Побочный эффект бездумной защиты прав интеллектуальной собственности можно продемонстрировать на примере Директивы Европейского Сообщества о правовой защите баз данных, которая обеспечивает базам данных высокий уровень защиты.²⁹⁶ Эта директива, принятая после мощного процесса лоббирования со стороны компаний, занимающихся базами данных, является компромиссом между низким уровнем защиты авторских прав, предоставленным базам данным в некоторых государствах-членах ЕС (Великобритании, Ирландии), и более высоким уровнем защиты авторских прав, имеющимся в других государствах-членах ЕС (например, во Франции). Эта директива заложила правовую основу, при которой высокий уровень защиты предоставляется «оригинальным» базам данных, которые «в силу отбора или структуры своего содержания представляют собой собственный интеллектуальный продукт автора»²⁹⁷, а неоригинальным базам данных предоставляется новая форма защиты *sui generis*, если «создатель» базы данных сумел доказать факт «наличия значительных качественных и/или количественных инвестиций в получение, проверку или оформление содержания» базы данных.²⁹⁸

Директива защищает простую компиляцию существующей базовой информации, являющуюся результатом определенных инвестиций. Поэтому целью этой формы защиты ИС является не столько защита инноваций, сколько защита инвестиций «создателей» базы данных от «паразитирующего поведения» бесплатных пользователей.²⁹⁹ Предоставляемая защита *sui generis* может порождать значительный антиконкурентный эффект. В отличие от защиты авторских прав, которая проводит различие между идеей, которая остается в общественном пользовании, и выражением идеи, которое пользуется защитой, директива о защите баз данных позволяет исключить повторное использование данных со стороны других лиц. Это представляет собой особенную угрозу для конкуренции «в тех случаях, когда база данных является единственным возможным источником содержащихся в ней данных, таких как телефонные справочники, телевизионные программы или расписания спортивных

295 Томас Дрейер (Thomas Dreier). «Достижение баланса частных и общественных интересов: в пределах или за пределами прав частной собственности?» ('Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?') // Под ред. Рошель Дрейфус, Гарри Ферста и Дианы Циммерман (Rochelle C Dreyfuss, Harry First, Diane Zimmerman). «Расширение границ интеллектуальной собственности» ('Expanding the Boundaries of Intellectual Property') (Oxford University Press 2001). С. 295, 312 (меры в рамках антимонопольного законодательства «следует использовать в чрезвычайных ситуациях несостоятельности законодательства об охране интеллектуальной собственности»).

296 Директива Парламента и Совета Европы 96/9/ЕС (см. сноску 38).

297 Там же, ст. 3 (1).

298 Там же, ст. 7 (1).

299 Первая оценка Директивы 96/9/ЕС (см. сноску 39). Необходимо обратить внимание на используемую Комиссией риторику в отношении «бесплатных пользователей» правами собственности.

294 Там же, с. 1141.

мероприятий», и может привести к «абсолютной монополии на конечную информацию в производных информационных продуктах и услугах».³⁰⁰

Для преодоления этой опасности статья 16 директивы требует от ЕК направлять контрольный отчет о выявленных фактах применения права *sui generis*, «приводящего к злоупотреблению преобладающим положением или какому-либо иному вмешательству в свободу конкуренции, которое оправдывает применение соответствующих мер, включая установление механизмов принудительного лицензирования». В самом деле, если первая редакция директивы о защите баз данных предусматривала возможность принудительного лицензирования для сдерживания риска возникновения антиконкурентного эффекта, то из последней редакции директивы эти положения были исключены, и права «создателей» базы данных ограничивались лишь в порядке исключения.³⁰¹ Возможно, именно по этой причине пункт 47 декларативной части предусматривает, что директива применяется без ущерба для правил регулирования конкуренции, принятых на уровне ЕС или государств-членов ЕС, что позволяет ограничить права «создателей» баз данных положениями закона о защите конкуренции. В этой связи применение законодательства о защите конкуренции можно рассматривать как вызванное тем, что формулировки текста директивы о защите баз данных не смогли надлежащим образом учесть защиту кумулятивных инноваций и конкуренции.

Примечательно, что национальные суды и Европейский суд по правам человека в ограничительном смысле истолковали требование директивы о наличии «значительных количественных инвестиций» во избежание антиконкурентного эффекта.³⁰² В самом деле, Европейский суд ограничил масштаб предоставляемой защиты, в явной форме отвергнув доктрину «дополнительной выгоды», разработанной некоторыми голландскими судами, которая могла бы распространить защиту *sui generis* на базы данных, созданные в форме «побочных продуктов» от основной деятельности «создателя» базы данных, в отношении которых последний обладает монополией *de facto* (например, телевизионные программы, расписания поездов и т.д.), и именно такая ситуация возникла

в деле *Magill*.³⁰³ При этом Европейский суд сделал разграничение между созданием и получением данных в целях составления содержания базы данных.³⁰⁴ Суд также счел, что деятельность по созданию материалов, составляющих содержание базы данных, не относится к значительным инвестициям в формулировке директивы и что базы данных, являющиеся единственным источником информации, не подлежат защите в соответствии с правами *sui generis*.³⁰⁵

Применив узкое толкование масштаба применения директивы, Европейский суд по правам человека смог избежать ситуации, когда базы данных, являющиеся единственным источником, получили бы защиту *sui generis*, что позволило бы «создателям» таких баз данных злоупотреблять своим доминирующим положением в отношении создаваемой ими информации. В недавнем докладе по результатам оценки применения директивы о защите баз данных также учитывается опасность антиконкурентного эффекта и рассматриваются различные варианты решения проблемы – от простого отзыва директивы до сохранения «статус-кво». Хотя Комиссия отмечает «привязанность» европейской отрасли баз данных к защите *sui generis* в том, что касается фактических компиляций, и ее «значительное противодействие» реформам (что свидетельствует об узкогрупповой заинтересованности в этом нормативном акте), она также обращает внимание на слабую эмпирическую основу такой системы защиты.³⁰⁶ Существуют и альтернативные способы защите произведенных инвестиций, в меньшей степени ограничивающие конкуренцию. В самом деле, в США для защиты прав «создателей» баз данных был сделан выбор в пользу системы материальной ответственности, а не системы прав собственности.³⁰⁷ Используемый в США подход опирается на принципы защиты от недобросовестной конкуренции, которые защищают «создателя» базы данных от злоупотреблений только в

300 П. Бернт Гугенхотц (P Bernt Hugenholtz). «Злоупотребление правом на базы данных: информационные банки, являющиеся единственным источником информации в соответствии с Директивой ЕС о защите баз данных» ('Abuse of Database Right: Sole-Source Information Banks under the EU Database Directive') // Под ред. Левек и Шелански (Lévêque and Shelanski) (см. сноску 127). С. 203.

301 Предложение к директиве Совета Европы о правовой защите баз данных (Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Databases), COM (92) 24 (окончательная редакция), OJ 1992 C 156/4, ст. 8(1) и 8(2).

302 Дело C-46/02 *Fixtures Marketing Ltd. против Oy Veikkaus Ab* [2004] ECR I-10365; дело C-203/02 *British Horseracing Board Ltd.* и другие против *William Hill Organisation Ltd* [2004] ECR I-10415; дело C-338/02 *Fixtures Marketing Limited* против *AB Svenska Spel* [2004] ECR I-10497; дело C-444/02 *Fixtures Marketing Ltd* против *Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou AE – OPAP* [2004] ECR I-10549. См. анализ решений национальных судов в документе «Первая оценка директивы 96/9/ЕС» (см. сноску 39). С. 11.

303 Эстель Дерклэ (Estelle Derclaye). «Право *sui generis* на базы данных: нужно ли нам принимать теорию дополнительной выгоды» ('Databases *Sui Generis* Right: Should We Adopt the Spin-off Theory'). 2004. 26(9) // *European Intellectual Property Review*. С. 402.

304 Дело C-46/02 *Fixtures Marketing Ltd. против Oy Veikkaus Ab* (s 302), п. 34 («выражение «инвестиции в <...> получение <...> содержания базы данных следует [...] понимать как относящееся к ресурсам, используемым для поиска существующих независимых материалов и объединения в составе базы данных, а не к ресурсам, используемым для создания независимых материалов как таковых»).

305 Дело C-203/02 *The British Horseracing Board Ltd* и другие против *William Hill Organisation Ltd*, (s 302) п. 35; Марк Дж. Дэвисон и П. Бернт Гугенхотц (Mark J Davison and P Bernt Hugenholtz). «Ставки на футбольные матчи, скачки и дополнительная выгода: Европейский суд по правам человека выносит права в отношении баз данных на усмотрение национального законодательства» ('Football Fixtures, Horseraces and Spin Offs: The ECJ Domesticates the Database Right'). 2005 // *European Intellectual Property Review*. С. 113; Эстель Дерклэ (Estelle Derclaye). «Первая интерпретация права *Sui Generis* в отношении баз данных Европейским судом» ('The Court of Justice Interprets the Database Right for the First Time'). 2005 // *European Law Review*. С. 420.

306 Первая оценка директивы 96/9/ЕС (см. сноску 39). С. 5.

307 *Feist Publications* против *Rural Telephone Service Company*, 499 U.S. 340 (1991) (Верховный суд отказался признать, что информация, содержащаяся в телефонном справочнике, может быть предметом защиты по законодательству о защите авторских прав. База данных может быть защищена авторским правом только в том случае, если она содержит «минимальную степень творческого начала»).

том случае, если их результатом будет нанесение вреда рынку.³⁰⁸

Ограничение масштаба защиты интеллектуальной собственности также позволяет учесть перспективное (до оформления прав ИС) влияние защиты прав интеллектуальной собственности на конкуренцию и, тем самым, представляет собой допустимый вариант обеспечения необходимого равновесия между законодательством о защите конкуренции и интеллектуальной собственностью.³⁰⁹ Недавнее предложение Европейской комиссии о внесении поправок в директиву 98/71/ЕС о правовой защите промышленных образцов³¹⁰ демонстрирует диалектическую взаимосвязь между масштабом применения прав ИС и законодательством о защите конкуренции.³¹¹ Исключив возможность государственных использовать правовую защиту промышленных образцов в отношении запасных частей к сложным продуктам, таким как автомобили, ЕК стремится предотвратить возникновение монополий на вторичном рынке запасных частей, у которых «нет практической альтернативы».³¹² Предложение является кодификацией прецедента по рассмотренному Европейским судом по правам человека делу Renault и Volvo, решение по которому могло оказаться подорванным в результате общего применения «правила нового продукта» ко всем отказам в выдаче лицензии в отношении прав ИС в силу решения, принятого этим же судом по делу IMS/NDC несколькими месяцами ранее.

С. Демонстрация взаимодействия между законодательством о защите конкуренции и правами ИС: сравнение законодательства ЕС/США

308 Гвидо Весткамп (Guido Westkamp). «Защита баз данных в американском и европейском законодательстве: методологический подход к защите инвестиций: от понятия недобросовестной конкуренции до понятия интеллектуальной собственности» ('Protecting Databases under US and European Law: Methodical Approaches to the Protection of Investments between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts'). 2003 // 34 International Review of Industrial Property and Copyright Law. С. 772.

309 Другим вариантом является корректировка срока действия защиты прав ИС. См. Каплов (Karpow). «На пересечении патентного и антимонопольного права: попытка переоценки ценности» ('The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal') (см. сноску 206). С. 1840 («...» определение срока действия патента и определение патентно-антимонопольной доктрины являются взаимозависимыми мерами; другими словами, система уравнений, определяющая процесс оптимизации, должна быть решена одновременно»). Однако это вряд ли произойдет, так как срок действия защиты прав ИС, как правило, установлен международными соглашениями, в которые невозможно или крайне сложно внести поправки.

310 Директива 98/71/ЕС о правовой защите дизайнера [1998] OJ L 289/28.

311 Предложение о принятии Европейским парламентом и Советом Европы директивы о внесении поправок в директиву 98/71/ЕС о правовой защите дизайнера COM(2004). С. 582 (окончательная редакция).

312 Там же. С. 9.

1. Процесс патентования и необоснованные исключения из применения патента

а. Отказ в выдаче лицензии

Как европейское, так и американское законодательство о защите конкуренции начинается с общего правила о том, что на доминирующие предприятия редко возлагается обязанность о решении вопросов с конкурентами. Так, владелец ИС не обязан выдавать другим лицензии на использовании своих прав ИС. Это правило можно объяснить тремя причинами, все из которых считаются важными как в американском, так и в европейском антимонопольном законодательстве и законодательстве о защите конкуренции. Во-первых предприятия должны иметь право выбора коммерческих партнеров и свободу пользования своим имуществом.³¹³ Во-вторых, существование обязанности выдавать лицензию, даже в обмен на справедливое вознаграждение, «может подорвать стимулы предприятий для осуществления инвестиции и инноваций и, следовательно, нанести потенциальный ущерб потребителям».³¹⁴ В-третьих, по крайней мере в антимонопольном законодательстве США такой осторожный подход можно также объяснить заботой об административной стороне законодательства о защите конкуренции, так как «суд, занимающийся антимонопольными делами, вряд ли может быть эффективным органом для повседневного применения таких подробных обязательств делиться источником преимуществ», если обязанность по выдаче лицензий будет применяться чаще.³¹⁵

В американском антимонопольном законодательстве проблема одностороннего отказа в выдаче лицензии решалась в соответствии со следующими тремя широкими стандартами.³¹⁶ В деле Data General Corp. против Grumman Systems первый окружной суд,

313 Методология (см. сноску 241), п. 75; см. также антимонопольное законодательство США, Соединенные Штаты против Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919) «при отсутствии цели создать или сохранить монополию (закон Шермана) не ограничивает исконное право коммерсанта или производителя, занятого полностью частной деятельностью, свободно и по своему усмотрению использовать права выбора сторон, с которыми он имеет дело».

314 Методология (см. сноску 241) п. 75; см. также антимонопольное законодательство США, Trinko (см. сноску 117) («Фирмы могут получить монополистную власть путем создания инфраструктуры, ставящей их в уникальное положение для обслуживания клиентов. Меры по принуждению таких фирм делиться источником их преимуществ находятся в некотором противоречии с основополагающей целью антимонопольного законодательства, так как могут подорвать стимулы монополиста, его конкурента или того и другого вместе для осуществления инвестиций в такие экономически выгодные объекты»).

315 В деле Trinko суд проявил осторожность в поиске исключений из общего правила, не предполагающего обязанность помогать конкуренту, именно «в связи с неопределенным характером пользы от принуждения делиться преимуществом и сложностью выявления и применения мер при обнаружении антиконкурентного поведения единичных фирм».

316 Герберт Ховенкамп, Марк Д. Джанис и Марк А. Лемли (Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis and Mark A. Lemley). «Односторонние отказы в выдаче лицензий» (Unilateral Refusals to License). 2006 // 2(1) Journal of Competition Law & Economics 1.

несмотря на свой вывод, что «поведение, направленное на исключение, может включать в себя односторонний отказ монополиста выдавать лицензию на использование авторского права», создал опровержимую презумпцию, что односторонний отказ выдавать лицензию является «предположительно приемлемым коммерческим обоснованием любого прямого вреда потребителям».³¹⁷ В деле *Image Technical Services против Eastman Kodak* девятый окружной суд несколько модифицировал эту презумпцию для того, чтобы в большей мере подчеркнуть реальность рынка.³¹⁸ Суд признал, что, хотя владельцы интеллектуальной собственности не обладают иммунитетом от ответственности согласно антимонопольному законодательству, «владельцы патентов и авторских прав могут отказаться продавать или выдавать лицензию на защищенную работу». Тем не менее, он также отметил, что доводы, относящиеся к интеллектуальной собственности, в этом случае являются лишь предлогом, тем самым, поставив в центр анализа роль намерения и отметив, что «ни цели закона об охране интеллектуальной собственности, ни антимонопольного законодательства не дают монополисту основания для того, чтобы скрывать свое антиконкурентное поведение под предлогом коммерческого обоснования».³¹⁹ Подход, используемый девятым окружным судом, показывает, что доказательство намерения ответчика в реализации своей политики преодолевает презумпцию, что отказ в выдаче лицензии является законным. Наконец, в деле о работе независимых сервисных организаций (*Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*) федеральный окружной суд отклонил подход о предположительной законности в пользу распространения антимонопольного иммунитета на отказы в выдаче лицензии при отсутствии признаков противозаконного принуждения, злоупотреблений со стороны Бюро по патентам и товарным знакам или фиктивного судебного процесса.³²⁰ При этом федеральный окружной суд установил правило для самой законности отказа в выдаче лицензии даже в тех случаях, когда такой отказ приводит к влиянию на другой рынок, чем тот, который защищен соответствующими правами ИС.³²¹ После решения, принятого Верховным судом в деле *Verizon Communications против адвокатской конторы Куртис В. Тринко*, представляется маловероятным, что односторонний отказ от сделки (и даже односторонний отказ выдавать лицензию) может быть признан нарушением раздела 2 закона Шермана.³²²

317 *Data General Corp. против Grumman Systems*, 36 F2d 1147, 1187 (1-й окружной суд, 1994) («стремление автора запретить другим использовать работу, защищенную авторским правом, является предположительно приемлемым коммерческим обоснованием любого прямого вреда потребителям»).

318 *Image Technical Services против Eastman Kodak*, 125 F3d 1195 (9-й окружной суд, 1997).

319 Там же. С. 1219-1220.

320 *Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, 203 F.3d 1322 (федеральный окружной суд, 2000).

321 Там же. С. 1327-1328. Суд постановил, что патенты могут давать своим владельцам право контроля за вторичными рынками: в данном случае патенты на запчасти для аппаратов Xerox позволяли компании Xerox также контролировать рынок сервисных услуг для своих копировальных аппаратов.

322 В своем решении по делу Тринко (см. сноску 117) Верховный суд отметил «незначительное число существующих исключений из

В контексте законодательства ЕС о защите конкуренции важным вопросом после решений Европейского суда по делу *Volvo против Veng* и по делу *CICRA против Renault* было применение статьи 102 Договора о функционировании ЕС, устанавливающей запрет на злоупотребление предприятием доминирующим положением, в случае единоличного отказа выдать лицензию в отношении прав ИС.³²³ По этим делам Европейский суд вынес решение, что право владельца защищенного промышленного образца препятствовать третьим лицам производству и продаже или импорт продуктов, включающих в себя этот промышленный образец, без согласия такого владельца, не является злоупотреблением доминирующим положением. В противном случае владелец прав ИС оказался бы лишен самой сущности его исключительного права. Однако Европейский суд не стал создавать неопровержимой презумпции для применения прав ИС. Отказ в выдаче лицензии может представлять собой злоупотребление, если применение прав ИС со стороны предприятия предполагает «определенное неправомерное поведение», например, произвольный отказ поставить запасные части независимым ремонтным организациям, установление цен на необоснованном уровне или принятие решения о прекращении производства запасных частей к определенной модели.³²⁴ В последующих решениях Европейский суд расширил сферу применения статьи 102 Договора о функционировании ЕС, распространив ее на приобретение доминирующим предприятием эксклюзивной лицензии на использование патента на альтернативную технологию³²⁵ или отказ выдавать лицензию на использование прав ИС в целях защиты существующей монопольной позиции.³²⁶

Впоследствии прецедентное право продвинулось по пути разработки стандарта, учитывающего специфику прав интеллектуальной собственности. При принятии решения по делу *Magill* Европейский суд принял правило «нового продукта», постановив, что применение эксклюзивного права владельцем интеллектуальной собственности может в «исключительных обстоятельствах» быть связано с неправомерным поведением.³²⁷ Под исключительными обстоятельствами понимается следующее: (i) необходимость в доступе, (ii) отказ в выдаче лицензии, препятствующий появлению нового продукта, на который существовал потенциальный потребительский спрос, (iii) отсутствие обоснований такого отказа, (iv) отказ в выдаче лицензии, препятствующий всякой конкуренции на вторичном

предположения об отсутствии обязанности помогать конкурентам».

323 Дело 53/87 *CICRA против Renault* [1988] ECR 6039; дело 238/87 *Volvo против Veng* [1988] ECR 6211.

324 Дело 53/87 *Renault*, (см. сноску 323) п. 9.

325 Дело T-51/89 *Tetra Pak* [1990] ECR II-309.

326 Дело T-504/93 *Tiercé Ladbroke SA против Европейской комиссии* [1997] ECR II-923 (целью французских производителей скачек было не распространить свою монополию в Бельгии (теория влияния), но защитить свое монопольное положение на французском рынке, которое оказалось бы под угрозой, если бы бельгийским компаниям было позволено принимать ставки на результаты скачек во Франции).

327 ЕСПЧ, объединенные дела C-241/91 и C-242/91, *Radio Telefis Eireann против Европейской комиссии (Magill)*, ECR [1995] I-743.

рынке. Настаивая на требованиях о том, что отказ в выдаче лицензии препятствует продаже продукта нового вида, на который есть неудовлетворенный спрос, Европейский суд, по всей видимости, учитывает необходимость в защите инноваций на рынке. В деле *Magill* отказ выдать лицензию воспрепятствовал появлению нового продукта – комплексного ТВ-гида – который не был предложен владельцами права интеллектуальной собственности и на который был потенциальный спрос. Позицию Европейского суда по этому делу можно объяснить сомнительным характером права ИС – авторского права, предоставляемого в отношении простых программ ТВ в силу действующего стандарта минимальных затрат, в частности, так как доступ к этим данным был абсолютно необходим для появления нового продукта. Решение также не отличается ясностью в том, что касается кумулятивного или альтернативного характера этих исключительных обстоятельств, что привело к некоторой путанице при рассмотрении Генеральным судом следующего дела, который посчитал, что условия (i) и (ii) по делу *Magill* являются скорее альтернативными, чем кумулятивными.³²⁸

Между тем, в решении по делу *Oscar Bronner*, связанному не с отказом выдавать лицензию, а с отказом доминирующей фирмы поделиться своей дистрибьюторской сетью с конкурентом, Европейский суд истолковал четыре условия *Magill* как кумулятивные и сузил доктрину обязанности вступать в отношения с конкурентом по законодательству ЕС о защите конкуренции, указав, что условие необходимого доступа требует доказательства со стороны предприятия, обращающегося за таким доступом, что для предприятия такого размера, каким обладает доминирующее предприятие, создание собственных мощностей или вводимого ресурса является экономически нецелесообразным.³²⁹

В деле *IMS/NDC Health*³³⁰ Европейский суд подтвердил кумулятивный характер этих условий, указав, что правило «нового продукта или услуги» ограничивает признание отказа выдать лицензию правонарушением «только теми случаями, когда предприятие, обратившееся за лицензией, не намерено ограничиваться, в основном, воспроизводством товаров или услуг, уже предлагаемых на вторичном рынке владельцем авторского права, но намерено производить новые товары или услуги, не предлагаемые владельцем права, на которые существует потенциальный потребительский спрос».³³¹ В деле *Renault и Volvo*, оба из которых были связаны с правами на промышленные образцы запасных частей, суд признал, что исключительные обстоятельства имеют место даже в том случае, когда отказ выдать лицензию не препятствует появлению нового продукта. Также важным является

выявление двух разных, но взаимосвязанных этапов производства, так как отказ в выдаче лицензии попадает под действие статьи 102 Договора о функционировании ЕС только в том случае, если первичные продукты или услуги являются необходимым вводимым ресурсом для поставки продукта глубокой переработки. Тем не менее, как было отмечено судом, для этого будет достаточно выявить закрытый, потенциальный или гипотетический рынок вводимых ресурсов, например, путем разграничения различных этапов процесса создания инноваций, одним из которых является приобретение права интеллектуальной собственности.³³²

В последней редакции своей Методологии по принятию первоочередных мер при выявлении фактов неправомерного исключения³³³ Европейская комиссия отметила, что односторонний или «конструктивный»³³⁴ отказ вступать в деловые отношения требует принятия первоочередных мер только в том случае, если присутствуют все из следующих обстоятельств: (i) отказ относится к продукту или услуге, которая является объективно необходимой для эффективной конкурентоспособности на рынке конечной продукции, (ii) отказ может вызвать прекращение эффективной конкуренции на таком рынке конечной продукции, а также (iii) отказ может нанести ущерб потребителям.³³⁵ Очевидно, что в прецедентном праве судов ЕС третье условие как таковое не существует. Подчеркивая интерес потребителей, Европейская комиссия указывает на то, что будет рассматривать возможные негативные последствия отказа поставлять продукцию на соответствующий рынок в свете того, будут ли они со временем перевешивать негативные последствия от возложения обязанности осуществлять такие поставки. Примером возможного ущерба для потребителей является препятствование инновациям, в частности, создание препятствий для последующих (кумулятивных) инноваций. В Методологии также демонстрируется более либеральный взгляд на условие необходимости в доступе – Европейская комиссия использовала расширенное толкование эффекта ограничения инноваций, так как то, что лицензиат не намерен ограничиваться, в основном, воспроизводством товаров и услуг, уже предлагаемых на вторичном рынке, не является единственным случаем возможного сдерживания процесса кумулятивных инноваций. В отношении возможных объективных обоснований в Методологии указывается на две возможности, когда владельцы прав ИС могут предъявить такие претензии: необходимость в реализации доминирующей фирмой достаточной прибыли от инвестиций, необходимым для разработки вводимых ресурсов, и необходимость в формировании предприятием стимулов для перспективных инвестиций с учетом риска неудачных проектов.³³⁶ Однако этот

328 Дело T-504/93 *Tierce Ladbroke SA* против Европейской комиссии [1995] ECR II-923.

329 Дело C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co KG* против *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG* [1998] ECR I-7791.

330 Дело *IMS Health*, п. 34-35.

331 Там же, п. 49 (выделено нами).

332 Там же, п. 44-45.

333 Методология (см. сноску 241).

334 Например, неправомерная задержка поставок или иное ухудшение поставок продукции, либо введение необоснованных условий в обмен на поставки.

335 Там же, п. 81.

336 Там же, п. 89.

выигрыш в эффективности должен быть рассмотрен в свете нижеописанного теста на четыре условия выигрыша в эффективности.

В отличие от американского антимонопольного законодательства, в ЕС отказы от обеспечения совместимости продуктов оцениваются в свете более широкой категории отказов от осуществления поставок.³³⁷ Еврокомиссия применила статью 102 Договора о функционировании ЕС, когда компания Microsoft отказалась передать Sun Microsystems информацию, необходимую для обеспечения совместимости между производимыми ею операционными системами для групповых серверов и операционной системой Windows, производимой Microsoft для персональных компьютеров.³³⁸ Microsoft было предписано раскрыть данную информацию о совместимости в обоснованном, недискриминационном и оперативном порядке. Хотя Европейская комиссия не предусматривала обязательного раскрытия исходного кода Windows, а меры, относящиеся к раскрытию, относились лишь к спецификациям интерфейса, она признала, что «нельзя исключить, что направление Microsoft предписания раскрыть указанные спецификации и обеспечить их использование сторонними лицами ограничивает применение со стороны компании Microsoft своих прав интеллектуальной собственности».³³⁹ Поведение Microsoft не обязательно препятствовало появлению опознаваемого нового продукта. Тем не менее, поведение Microsoft, по словам Европейской комиссии, подорвало у ее конкурентов стимулы создавать инновации (и производить новые продукты в будущем) и, следовательно, ограничило потребителей в их выборе. Еврокомиссия заявила, что права интеллектуальной собственности не могут сами по себе выступать «самоочевидным объективным оправданием» для отказа Microsoft осуществить передачу информации, применив тест на экономическое равновесие в целях установить, может ли возможное негативное влияние предписания, выданного Microsoft, на стимулы развивать инновации перевесить положительное влияние этого предписания на уровень инноваций во всей отрасли (включая Microsoft). Склонившись к мнению о том, что «научно-исследовательские усилия Microsoft [...] подталкиваются инновациями со стороны ее конкурентов по созданию операционных систем для рынка групповых серверов» и что «исчезновение этих конкурентов подорвет стимулы Microsoft развивать инновации», Еврокомиссия сделала вывод, что в данном случае выгоды перевешивают издержки.

В 2007 году Генеральный суд (в то время суд первой инстанции) подтвердил это решение Европейской комиссии по делу Microsoft.³⁴⁰ Подтвердив четыре критерия ЕСПЧ по делам Magill и NDC Health, суд

также установил более открытую интерпретацию в отношении некоторых из данных условий. Во-первых, суд использовал формулировки, подразумевающие, что эти четыре условия не были единственными исключительными обстоятельствами, при которых применение владельцем интеллектуальной собственности своего исключительного права может породить такое злоупотребление, хотя суд отметил, что требование, чтобы «отказ препятствовал появлению нового продукта, на который есть потребительский спрос, имеется только в прецедентном праве в отношении применения права интеллектуальной собственности».³⁴¹ Во-вторых, суд также привел расширенное толкование «правила нового продукта» по делу IMS/NDC Health, указав, что потребители могут также нести ущерб не только в случае сдерживания производства или рынков, но и технического развития.³⁴² В отличие от Magill и IMS, поведение Microsoft не сдерживало появление опознаваемых новых продуктов, но подрывало процесс конкуренции, который такие новые продукты могли бы породить в будущем. В-третьих, суд интерпретировал «ущерб потребителям» в расширенном плане, отметив, что конкурирующие продукты аналогичного или повышенного качества не могут конкурировать на рынке на равных условиях.³⁴³

РЕЗЮМЕ. Между американским антимонопольным законодательством и европейским законодательство о защите конкуренции существует значительная разница в том, как они относятся к единоличным отказам выдавать лицензию. Антимонопольное законодательство США относится к такому поведению относительно либерально даже в условиях сильной доминирующей позиции. Выдача лицензии вменялась в обязанность лишь в редких случаях. После решения Верховного суда по делу Trinko центром внимания стала динамическая эффективность и инвестиционные стимулы доминирующей фирмы, а не ущерб в форме неэффективного распределения ресурсов в результате монопольного ценообразования. Напротив, в ЕС отказы в выдаче лицензий могут в «исключительных обстоятельствах» подпадать под действие статьи 102 Договора о функционировании ЕС. Но интерпретация прецедентного права и, в частности, правоприменительная практика Европейской комиссии и ее мягкий нормотворческий подход, указывают на то, что такие «исключительные обстоятельства» распространились на целый спектр ситуаций и что условия, установленные ЕСПЧ в деле IMS/NDC Health, на самом деле не ограничивают размеры ответственности в соответствии со статьей 102 Договора о функционировании ЕС.

в. Антиконтентные злоупотребления в системе ИС

Ценность прав ИС, в частности, патента состоит в том, что его можно применить в случае нарушения.

³³⁷ Там же, п. 78.

³³⁸ Решение Европейской комиссии в отношении компании Microsoft (см. сноску 228).

³³⁹ П. 546 и п. 1004.

³⁴⁰ Дело Microsoft CFI (см. сноску 118).

³⁴¹ Там же, п. 332-334.

³⁴² Там же, п. 647.

³⁴³ Там же, п. 652.

Однако, как показывает практика применения как антимонопольного законодательства США, так и европейского законодательства о защите конкуренции, доминирующие фирмы злоупотребляют системой регулирования и судебной системой в целях повысить издержки своих конкурентов, воспрепятствовать конкуренции и в итоге нанести ущерб потребителям. Эти злоупотребления могут быть в виде (i) фальсификации судебного процесса или иной формы сообщения заведомо ложных сведений в контексте процесса регулирования, осуществляемого патентными бюро, (ii) или могут заключаться в возбуждении судебного разбирательства с косвенной целью нанесения сопернику ущерба в нарушение конкуренции. В контексте судебных разбирательств по патентным делам это поведение может принимать форму встречных (антимонопольных) исков, возбужденных в пику искам в нарушении патентных правил, и в целом называется «фиктивным судебным разбирательством» в США и «недобросовестным судебным разбирательством» в Европе.

Здесь важно отметить, что в данном случае ограничение конкуренции заключается не в самом использовании регулирующего или судебного процесса, но злоупотребление этим процессом. Ограничение конкуренции вытекает непосредственно из «частного» иска, так как ущерб будет нанесен вне зависимости от того, какое решение может принять судья или государственный чиновник. Чрезвычайно важно установить критерии, позволяющие ответственному органу отличать правомерное использование процесса регулирования или судебного процесса от злоупотребления этими процессами.

Что касается неправомерного поведения первого типа, то, согласно постановлению Верховного суда по делу Walker Process Equipment,³⁴⁴ ответчик по патентному иску может возбудить встречный антимонопольный иск, если патент, в отношении которого якобы было совершено правонарушение, был получен в бюро по патентам и товарным знакам обманным путем. Ответчик обязан предъявить ясное и убедительное доказательство совершения владельцем патента обманных действий или «недобросовестного поведения». Не всякие заведомо ложные сведения, сообщенные владельцем патента в процессе подачи патентной заявки, дают достаточное основание для лишения патента юридической силы. В США суды предъявляют высокие требования к доказательствам «недобросовестного поведения»: к таковым относится сообщение заведомо ложных сведений о существенных фактах, фальсификация предоставляемых сведений, обманные намерения, необходимое использование этих сведений стороной, ставшей жертвой обмана, а также доказательство «существенности» того, что ущерб обманутой стороне нанесен в результате сообщения заведомо ложных

сведений (когда лицо, рассматривающее патентную заявку, не выдало бы патент в отсутствие заведомо ложных сведений).³⁴⁵ После того, как иск о нарушении патентных прав возбужден, важным вопросом является то, осознавал ли истец или должен ли он был осознавать противоправность своих действий. Помимо «обманного» элемента нарушения или элемента, связанного с «недобросовестным поведением», который широко истолковывался судами,³⁴⁶ в судебной системе США, как и во всех делах, подпадающих под действие раздела 2 закона Шермана, требуется привести доказательство того, что это поведение обоснованно может сохранить или расширить монопольную позицию путем подрыва возможностей конкурентов.

В ЕС Европейская комиссия и суды могут также применять статью 102 Договора о функционировании ЕС в том случае, если доминирующее предприятие сообщает заведомо ложные сведения в бюро по патентам (в ходе процедуры протеста и апелляции) или в суд своей страны (в ходе процедуры разбирательства по патентному делу) для приобретения прав ИС. Например, в 2005 году Европейская комиссия признала компанию Astra Zeneca виновной в злоупотреблении своим преобладающим положением путем использования прав ИС и системы регулирования фармацевтической отрасли с целью предотвратить или задержать выход на рынок непатентованного варианта своего препарата для лечения язвы (Losec).³⁴⁷ Компания Astra Zeneca сообщила национальному патентному бюро заведомо ложные сведения для получения свидетельства дополнительной охраны (СДО), который расширяет патентную защиту препарата Losec, а затем для защиты этих свидетельств в суде и для злоупотребления национальными правилами путем выпуска препарата в форме таблетки и изъятия разрешения на выпуск оригинального варианта препарата Losec на некоторых национальных рынках, где оканчивался срок действия патентов или СДО. При этом Генеральный суд поддержал решение Европейской комиссии, указав, что обманной характер сведений, сообщенных государственным органам, необходимо оценивать в свете объективных факторов,

345 Nobelpharma AB против Implant Innovations, Inc., 141 F.3d 1059 (Федеральный окружной суд, 1998). См. критический анализ этого дела у Герберта Ховенкампа (Herbert Hovenkamp) «Доктрина процесса Уокера: иски о нарушении патентных прав как нарушение антимонопольного законодательства» ('The Walker Process Doctrine: Infringement Lawsuits as Antitrust Violations'), журнал научных исследований в юриспруденции, Университет штата Айова (University of Iowa Legal Studies Research Paper) № 08-36 (1 сентября 2008 г.), имеется по адресу <<http://ssrn.com/abstract=1259877>> последнее обращение 28 апреля 2013 г.

346 Ховенкамп (Hovenkamp) в «Доктрине процесса Уокера» (The Walker Process Doctrine) (см. сноску 345) 4, отмечает что «противоправные действия можно также квалифицировать как практику исключения <...> в том случае, если они опираются на действующие патенты, которые, как известно истцу, возбуждавшему иск о нарушении прав, не могут считаться действительными в силу нарушений, допущенных при их получении, или же на действующие патенты, если истцу, возбуждавшему иск о нарушении, было или должно было быть известно, что ответчик не является нарушителем» или «если истец, возбуждавший иск о нарушении прав, опирается в своем способе действий на необоснованное и явно неверное толкование вопросов права».

347 2006/857/EC: Решение Европейской комиссии по делу AstraZeneca [2006] OJ L 332/24.

344 Walker Process Equipment против Food Mach. & Chem Corp., 382 US 172 (1965).

так как при выявлении фактов злоупотребления доминирующим положением не нужно предъявлять доказательств преднамеренного характера поведения и недобросовестности предприятия, занимающего доминирующее положение.³⁴⁸ При этом, однако, ЕСПЧ сделал вывод, что в данном случае намерение является относящимся к делу фактором при оценке злоупотребления, также подчеркнув, что доминирующие фирмы не обязаны быть «непогрешимыми» в своих отношениях с регулирующими органами и что объективно ложные сведения не всегда являются злоупотреблением.³⁴⁹ В результате рассмотрения этого дела доминирующие компании не нужно считать злоупотребляющими своим положением только лишь в силу того, что патентная заявка была отклонена в ходе оспаривания. В самом деле, «инновационным компаниям не следует воздерживаться от приобретения комплексного пакета прав интеллектуальной собственности, равно как им не следует воздерживаться от их применения».³⁵⁰

Европейские и американские органы по защите конкуренции также обнаружили, что в определенных обстоятельствах возбуждение судебного разбирательства тоже может составлять злоупотребление. Нетрудно представить себе, что заставило органы по защите конкуренции принимать меры против такого поведения. Во-первых, в отдельных отраслях таких как фармацевтическая промышленность, иски о нарушении прав ИС приобретают особенно важное значение, так как компании, производящие оригинальные лекарственные средства, используют разные инструменты для того, чтобы продлить коммерческую жизнь своих продуктов, в том числе судебные разбирательства.³⁵¹ Во-вторых, судебные затраты достигают большого размера. По данным Европейской комиссии, которые приводятся в ее недавнем «Докладе о состоянии фармацевтической отрасли», процедура опротестования и апелляции длится в среднем 2,8 лет (или от 6 месяцев до 6 лет в отдельных государствах-членах), процесс по делу о нарушении патентных прав может длиться 7 лет, средний срок выдачи временного предписания составлял 18 месяцев, а судебные издержки выливались в значительные суммы, поскольку нарушителям патентов (в данном случае компании по производству непатентованных препаратов) должны участвовать в большом количестве процессов в различных государствах-членах в виду отсутствия в ЕС единой патентной системы.³⁵²

348 Дело T-321/05, Astra Zeneca против Европейской комиссии (см. сноску 204), п. 356.

349 Дело C-457/10P, Astra Zeneca против Европейской комиссии (см. сноску 204).

350 Там же, п. 188.

351 Краткий обзор к докладу Европейской комиссии о состоянии фармацевтической отрасли (2009) (см. сноску 202); ('European Commission, Executive Summary to the Pharmaceutical Sector Inquiry Report'); там отмечается, что «за период с 2000 по 2007 г. количество исков о нарушении патентного законодательства, возбужденных производителями оригинальных препаратов против компаний, производящих непатентованную продукцию, выросло в четыре раза».

352 Европейская комиссия, окончательный текст доклада о состоянии фармацевтического отрасли (European Commission, Pharmaceutical

«Фиктивные» или «необоснованные» процессы представляют собой хищническое использование судебных процедур с целью получения антиконкурентных преимуществ. Это типичный случай неценового истребления конкурентов: хищник использует судебный процесс для того, чтобы конкурент нес затраты и тратил время при небольших издержках для себя. В США существует исключение из иммунитета Ноерра-Пеннингтона³⁵³, когда сама государственная процедура (но не ее результат) используется в качестве прикрытия антиконкурентного поведения.³⁵⁴ В ЕС необоснованное судебное разбирательство может считаться злоупотреблением доминирующим положением, вопреки условиям статьи 102 Договора о функционировании ЕС.³⁵⁵ Ключевым доказательством при выявлении фактов фиктивного возбуждения исков является отсутствие подлинной заинтересованности в получении судебного решения. В этой связи как в Евросоюзе, так и в США установление подлинной мотивации истца стало центральным вопросом большей части прецедентного права, относящегося к фиктивным искам.

На практике суды используют два различных подхода для выявления фиктивных исков. Некоторые суды узко рассматривают этот вопрос, определяя фиктивный судебный процесс как форму необоснованных претензий, предъявляемых не по существу дела с целью затягивания и судебной волокиты. Другие в своей оценке опираются на реальную мотивацию истца, выявленную на основе анализа его экономической заинтересованности в возбуждении иска в свете соотношения выгод и издержек.

Если говорить в первом подходе, то наличие хищнических намерений проявляется в ситуациях сообщения судам заведомо ложных фактов или заведомо ложного толкования закона, клеветы, мошенничества или подкупа. Однако суды также считают фиктивными иски, возбужденные без оснований или вероятной причины. При оценке обоснованности иска суды изучают ситуацию, существующую на момент возбуждения соответствующего иска. Для того, чтобы иск, возбужденный в рамках гражданского процесса, считался обоснованным, требуется всего лишь обоснованное убеждение в том, что он может быть признан законным при вынесении решения судом. Такой подход фактически закрепляет презумпцию, что иск, по которому вынесено положительное решение, не может являться фиктивным. В качестве первого шага

Sector Inquiry – Final Report) (см. сноску 43), с. 202-253 и 394-415.

353 В соответствии с иммунитетом Ноерра-Пеннингтона, попытки оказать влияние на государственных лиц посредством лоббирования, рекламы и других средств коммуникации находятся под защитой положений о порядке ходатайствования и не являются нарушением антимонопольного законодательства даже в случаях, когда такое ходатайство осуществляется под предлогом неприязни, таким как устранение конкурентов. См., например, дело United Mine Workers против Pennington 381 U.S. 657 (1965); Eastern Railroad Presidents Conference против Noerr Motor Freight 365 U.S. 127 (1961).

354 Walker Process Equipment против Food Machinery and Chemical Corp. (1965) 382 US 172.

355 Дело T-111/96 ITT Promedia NV против Европейской комиссии (1998) ECR II-2937.

в судебном анализе фиктивного иска здесь требуется получить доказательство, что иск является объективно необоснованным в том смысле, что никакой разумно действующий участник процесса не может реально ожидать, что дело будет решено положительно при рассмотрении по существу. Однако существуют и веские возражения против этого теста. Достаточное основание может отсутствовать, если иск не подтвержден достаточными фактическими доказательствами. Также может быть так, что иск признается необоснованным в связи с неправильным толкованием законодательства. Однако при этом некоторые суды могут признать необоснованным иск, который другие суды сочтут обоснованным. Эта опасность, в частности, возникает в тех ситуациях, когда понятие о том, что составляет необоснованный иск, может находиться под влиянием представления суда о необходимости обеспечить адекватное соотношение динамической эффективности и эффективности, связанной с распределением ресурсов. Установление однозначного правила может привести к возникновению существенного риска ложного исключения. Кроме того, вряд ли может быть объективно разумным возбудить иск только по причине вероятности добиться некоторого успеха при его рассмотрении по существу, независимо от того, насколько незначительной является взыскиваемая сумма.

Второй подход является более широким. То, что иск имеет под собой основание, не исключает вывод, что использование судебного процесса представляет собой нарушение антимонопольного законодательства. Наличие признаков фиктивного процесса при этом оценивается в свете чисто объективного теста, направленного на то, чтобы установить экономическую заинтересованность истца в возбуждении иска. Здесь важно определить, превышает ли взыскиваемая сумма собственные издержки истца. Экономический тест на фиктивный иск в сущности является тестом на хищническое поведение, так как требуется доказать, что при этом истец жертвует прибылью, которую не сможет возместить на более поздних этапах при удовлетворении иска. Применение этого теста порождает множество вопросов. Так, информация по каждой из противоборствующих сторон, относящаяся к относительному существу дела и взыскиваемой сумме, может быть закрытой. Прежде, чем стороны смогут прийти к приемлемым условиям урегулирования, они должны изучить друг друга. Этот процесс изучения затрудняется в силу стимулов скрывать информацию, являющуюся частной собственностью. Кроме того, крупные или доминирующие фирмы могут быть склонны применять антиконкурентные стратегии, направленные на взыскание ренты, в силу эффекта масштаба, достигаемого в их юридических службах. В результате определенные антиконкурентные иски, направленные на взыскание ренты, могут быть по ошибке не признаны хищническими. Вышесказанное заставляет задаться вопросом, что же является действенным при установлении признаков фиктивного разбирательства. При том, что существует обширная литература о

демпинговом ценообразовании, проблема хищнических фиктивных судебных процессов практически не освещена экономистами. Экономической литературе все еще предстоит объективно изучить стимулы, стоящие за фиктивными исками.

В антимонопольном законодательстве США действует принятый Верховным судом двухчастный тест, объединяющий в себе объективный и субъективный подход: (i) для того, чтобы иск был признан фиктивным, он должен быть объективно необоснованным, и при этом разумно действующий истец не может ожидать положительного решения при его рассмотрении по существу; (ii) суд может рассматривать субъективную мотивацию истца (его недобросовестное поведение), только если оспоренный иск не имеет под собой объективных оснований.³⁵⁶ Таким образом, мотивация сама по себе не может оправдывать иск о нарушении или присвоении прав интеллектуальной собственности, возбужденный в соответствии с разделом 2 закона Шермана, только в силу того, что права ИС оказались недействительными.³⁵⁷ Аналогичным образом, в связи с дополнительным требованием о субъективном доказательстве, отсутствие объективных оснований, несмотря на то, что его наличие необходимо, само по себе не является достаточным для того, чтобы признать иск антиконкурентным в соответствии с законодательством.³⁵⁸ Не достаточно доказать, что соответствующий иск является объективно необоснованным; истец (в деле о нарушении прав ИС) должен знать или полагать, что он является таковым. В законодательстве ЕС о защите конкуренции Генеральный суд пришел к выводу о том, что возбуждение судебного разбирательства может составлять злоупотребление лишь в «исключительных случаях», а именно, (i) если иск не может обоснованно считаться попыткой восстановить права того или иного предприятия и поэтому служит лишь для «изнурения» противника, а также (ii) иск является частью плана, целью которого является уничтожение конкуренции.³⁵⁹ Этот тест, как представляется, в большей степени направлен на установление намерения истца, чем двухчастный тест, принятый в антимонопольном законодательстве США, и при этом не упускает из вида объективное определение этого намерения, которое предполагается при отсутствии у иска иного правдоподобного объяснения, чем стратегия изнурения противной стороны.

Применение этих критериев на практике встречается на своем пути ряд сложностей, в частности, связанных с запутанностью патентного контекста в определенных отраслях (например, в фармацевтике). В условиях данной отрасли судебные разбирательства почти неизменно порождают споры о внешней подлинности

356 Professional Real Estate Investors, Inc против Columbia Pictures Indus., Inc, 508 U.S. 49 (1993).

357 Там же, п. 66.

358 Там же, п. 61-62.

359 Дело T-111/96, ITT Promedia NV против Европейской комиссии (1998) ECR II-2937, п. 55 и 57.

или обоснованности тех или иных аспектов нарушения прав, иногда затрагивая вторичные патенты, заявки на которые были направлены производителем оригинального препарата спустя несколько лет после выдачи первичного или основного патента, что порождает существенные вопросы о масштабах применения патентов и возможностях фирм, производящих непатентованные препараты, заниматься инновациями в обход патентных прав, являющихся предметом иска.³⁶⁰ В этой сфере значительная часть патентных исков возбуждается также фирмами, производящими непатентованные лекарственные средства, в целях получить решения о том, что они не нарушают ничьи права, или решения о недействительности прав, что выходит за рамки «территории», предусмотренной тестом.³⁶¹ Также отмечалось, что при возбуждении иска, связанного с правами ИС, доминирующие предприятия для защиты от встречного иска о нарушении антимонопольного законодательства обязаны доказать, что на момент подачи иска они полагали, что он имел хорошие перспективы для удовлетворения, посредством раскрытия конфиденциальной информации о потенциальном удовлетворении этого иска, полученной предприятием от юрисконсульта, или внутренней документации о вмененной стоимости патента или прав ИС.³⁶²

РЕЗЮМЕ. Эта область пересечения между законодательством о защите конкуренции и правами ИС остается большей частью малоизученной и подразумевает определенные сложные компромиссы в силу необходимости одновременно сохранить и доступ к правосудию, и конкуренцию на рынке. Недавняя правоприменительная практика Европейской комиссии дает возможность решить некоторые из сложных проблем в этой сфере законодательства о защите конкуренции, которые связаны с доказательной базой.³⁶³

2. Инновационные права «общинного пользования»

В ряде ключевых отраслей, таких как, например, производство полупроводниковых приборов, программное обеспечение, биотехнологии, нанотехнологии или электроника, в силу размытости

границ отдельных прав ИС, потребности во множестве разнообразных вводимых ресурсов и дополнительных активах в связи с разработкой сложных продуктов, широким распространением исков в результате споров о правах собственности, а также потребности в организации порядка раздела выгод между участниками, действующими на различных этапах инновационного процесса, возникла нужда в развитии инновационных прав «общинного пользования», позволяющих обмениваться информацией, защищенной правами ИС, и избежать проблемы блокирующих патентов. Если требуется получить лицензию от слишком большого количества отдельных владельцев ИС, компании могут оказаться в условиях недофинансирования коммерциализации конечных технологий, что будет препятствовать НИОКР, так как компаниям будет сложно работать без широкого лицензирования вспомогательных технологий. Фрагментация прав ИС может затруднить разработку и коммерциализацию новых продуктов или значительно повысить расходы на них. Занимаясь изучением биотехнологической отрасли, Геллер и Эйзенберг обратили внимание на «трагедию противоположной стороны», которая может возникнуть в случае наличия большого количества владельцев, каждый из которых обязан дать разрешение до того, как данный ресурс может быть использован: при фрагментации прав ИС возникает высокая вероятность недоиспользования ресурса, что задушит инновации.³⁶⁴ Существуют эмпирические доказательства этой «проблемы противоположной стороны» и вызванной ею фрагментации прав ИС в различных отраслях. Например, Холл и Цидонис, изучив патентный процесс в сфере производства полупроводниковых приборов, обнаружили, что эта проблема больше проявляется в условиях низкой концентрации патентных прав между соперничающими фирмами, т.е. в ситуации повышенной фрагментации патентных прав. Как показывают эмпирические исследования, фирмы пытаются защититься от «проблемы противоположной стороны» посредством разработки стратегий защитного патентования в целях укрепления своей переговорной позиции, что одновременно повышает вероятность наступления «трагедии противоположной стороны».³⁶⁵

Инновационные права «общинного пользования» могут принимать разные формы: формы, возникающие в рамках прав ИС, включают в себя патентные пулы и соглашения о перекрестном лицензировании, всеобъемлющем лицензировании, совместной выработке стандартов и урегулировании споров, связанных с ИС. Управление общими ресурсами приносит выгоды по сравнению с

³⁶⁰ Саймон Приддис и Саймон Константин (Simon Priddis, Simon Constantine). «Фармацевтическая отрасль, права интеллектуальной собственности и европейское законодательство о защите конкуренции» ('Intellectual Property Rights, and Competition Law in Europe') // Под ред. С. Андермана и А. Эзрачи (S. Anderman & A. Ezrachi). «Интеллектуальная собственность и законодательство о защите конкуренции» ('Intellectual Property and Competition Law') (см. сноску 167). С. 241-275, 267.

³⁶¹ Там же.

³⁶² Там же, с. 268.

³⁶³ См., например, недавнее расследование Европейской комиссией исков о нарушении патентных прав, возбужденных компанией Laboratoires Servier против Apotex. Пресс-релиз Европейской комиссии ('European Commission Press Release'), MEMO/09/322, имеется по адресу <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-322_en.htm> последнее обращение 28 апреля 2013 г.

³⁶⁴ Майкл А. Геллер и Ребекка С. Эйзенберг (Michael A Heller and Rebecca S Eisenberg). «Могут ли патенты сдерживать инновации? Проблема противоположной стороны в сфере биомедицинских исследований» ('Can Patents Deter Innovations? The Anticommons in Biomedical Research'). 1989. 280 Science 1.

³⁶⁵ Бронвин Г. Холл и Розмари Г. Цидонис (Bronwyn H Hall and Rosemarie H Ziedonis). «Новый взгляд на парадокс патентов: эмпирическое исследование патентного процесса в производстве полупроводниковых приборов в США в 1979-1995 гг.» ('The Patent Paradox Revisited: An Empirical Study of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry, 1979-1995'). 2001. 32(1) Rand Journal of Economics 101.

организацией работы внутри фирмы, так как позволяет обществу получать пользу одновременного и от общественного развития, и от развития конкуренции. В некоторых обстоятельствах это может быть лучшей альтернативой, чем отдельные права ИС, так как решает проблему «избыточности или несогласованности» прав ИС и появления «патентной полосы препятствий». Патентная полоса препятствий особенно распространена в технологических областях с высокой концентрацией патентов и возникновением пересекающихся исков, относящихся к аналогичной технологии. При наличии такой совокупности пересекающихся патентных прав для того, чтобы добиться коммерциализации новой технологии, необходимо получить лицензии от множества владельцев патентов. Это приводит, прежде всего, к росту транзакционных издержек в силу необходимости вести переговоры с множеством владельцев патентов, если для того, чтобы избежать нарушения прав, требуется лицензия. Во-вторых, производители могут непроизвольно нарушить чьи-то патентные права вследствие сложностей, связанных с выявлением пересекающихся патентов, или сложностей в определении границ патентов до разработки изобретения. В-третьих, изобретателям могут грозить потенциальные иски со стороны компаний, находящихся на начальных этапах производственного цикла, которые не пользуются имеющимися патентами на практике и поэтому держат их в относительной неизвестности, что увеличивает судебные издержки. В-четвертых, если дополнительные компоненты технологии охватываются множеством патентов, владельцы этих патентов могут препятствовать друг другу в использовании технологии, так как производителям придется преодолевать «полосу препятствий», состоящую из противоречащих друг другу прав на использование своего изобретения. Риск противодействия может возрасти еще больше, если владельцы патентов применяют стратегию создания «полосы препятствий» из патентов для того, чтобы принудить изобретателей делиться рентой в соответствии с условиям перекрестных лицензий или сформировать патентный портфель в целях защиты. Малые и средние предприятия (МСП) могут также оказаться в худшем положении, чем их крупные противники на этом поприще, имеющие значительные портфели патентных прав и возможность заключать между собой соглашения о перекрестном лицензировании, тем самым не давая МСП выйти на рынки.

Патентная «полоса препятствий» может негативно влиять на благосостояние. Как хорошо известно экономической науке, когда фирмы, обладающие сильным положением на рынке, продают вспомогательную продукцию, ее совокупная цена, как правило, выше, чем если бы основная и побочная продукция продавалась одним и тем же монополистом. Это явление, которое называется формированием двойной маржи, может особенно остро проявляться в высокотехнологичных сферах. В сфере высоких технологий, где инновации носят ускоренный и кумулятивный характер, с одной и той же технологией может быть связано большое количество

патентов. Формирование двойной маржи может сделать технологию слишком дорогой для ее коммерциализации, что наносит ущерб потребителям и производителям на конечных этапах производственного цикла, а также изобретателям, труд которых система патентов призвана вознаграждать. Эта проблема вспомогательной продукции может обостриться еще больше, если фирмы, находящиеся на конечном этапе производственного процесса и использующие различные вводимые ресурсы, не могут в своем производстве обойтись без прав ИС, контролируемых фирмами, расположенными на его начальных этапах. Прежде всего, первые должны оплачивать лицензии, выданные многочисленными владельцами патентов, что приводит к росту общего объема патентных платежей и, в свою очередь, вызывает значительную переплату, действующую в качестве налога на новые продукты, содержащие такую запатентованную технологию, тем самым, затрудняя, а не способствуя инновациям (накопление лицензионных платежей). Более подробно эта проблема рассматривается в другой части настоящего доклада. Во-вторых, производитель, находящийся на конечном этапе производственной цепочки, не смог бы развивать инновации в обход блокирующих патентов, если бы такой производитель знал о существовании патента и имел на это время. Причем ситуация радикально меняется, если такому производителю становится известно о патенте после того, как продукт высокого передела уже разработан и запущен в промышленное производство. В этом случае такой производитель уже инвестировал конкретные активы в использование соответствующей технологии, и его переговорная позиция будет значительно более слабой. Таким образом, владелец патента может претендовать на лицензионные платежи куда большего размера, угрожая подорвать производственную деятельность производителя. При этом последнему остается либо идти на переговоры, имея слабую переговорную позицию по сравнению с владельцем патента, либо отступить и менять конструкцию продукта, заново запускать его в производство и решать проблемы совместимости, которые могут возникнуть между различными версиями продукта, что связано с огромными затратами. Поэтому такому производителю в значительной степени угрожает вымогательство со стороны владельца патента (проблема вымогательства). Это может также вызвать проблему исключения, если производителю, находящемуся на конечном этапе производственного цикла, необходимо получить много вспомогательных прав ИС, которые должны быть получены поочередно, но при этом владельцы патентов используют стратегию затягивания начала переговоров и, тем самым, получают максимальный выигрыш вследствие усиления своей переговорной позиции в результате своего положения как последнего продавца, предлагающего свою цену.³⁶⁶

366 Роберт П. Мерджес (Robert P. Merges) «Заключение соглашений о правилах ответственности: права интеллектуальной собственности и организации коллективных прав» (Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations) (1996) 84 California Law Review 1293.

Одним из возможных решений проблемы формирования двойной маржи является вертикальная интеграция компаний, контролирующих вспомогательные активы. Однако такое решение может сократить конкуренцию в большей степени, чем это необходимо для решения проблемы, и может быть менее оптимальным, чем решение, которое позволяет фирмам сотрудничать между собой, одновременно сохраняя между ними определенную степень конкуренции. В качестве альтернативы предприятия, контролирующие эти активы могут согласовывать свои действия в обстановке сотрудничества, что позволит им решать проблемы вспомогательных технологий и вымогательства посредством перекрестного лицензирования своих прав ИС. Любое сотрудничество и перекрестное лицензирование лучше, чем ситуация, при которой владельцы патентов отказываются сотрудничать. Тем не менее, такое сотрудничество может столкнуться с препятствиями в форме тонкостей законодательства о защите конкуренции в вопросах сотрудничества между компаниями, которые в различных обстоятельствах могут являться потенциальными конкурентами. В плане государственной политики координация, конечно, приносит выгоды сторонам, но не факт, что эти выгоды будут всегда совпадать с общественным интересом поощрения конкуренции и защиты потребителей. Рассмотрим применение законодательства Европы и США о защите конкуренции в свете различных механизмов координации, которые были созданы для решения проблемы вспомогательных технологий и вымогательства.

а. Патентные пулы и перекрестное лицензирование

Патентные пулы и кросс-лицензионные соглашения являются естественным решением проблемы дополнений.³⁶⁷ В рамках патентного пула в пакете лицензируется целая группа патентов, либо одним из патентообладателей, либо новой организацией, созданной для этой цели, предлагая «одно окно» для всех участников пула, чтобы иметь доступ к нужным патентам. Патентные пулы также позволяют участникам, не являющимся его членами, иметь доступ к запатентованной технологии по ставке роялти в размере, установленном участниками пула. Патентные пулы возникли давно, и в некоторых случаях их создание было инициировано государством. В 1917 году, во время Первой мировой войны, правительство США предложило американским производителям самолетов участвовать в патентном пуле, поскольку продолжающаяся тяжба с компанией, основанной братьями Райт, привела производство самолетов в тупик. Патентные пулы часто разрабатываются совместно с технологическими

стандартами (например, MPEG-2 видео и DVD стандарты в конце 1990-х годов).

Когда патенты в рамках пула являются дополнениями, пул может привести к снижению их совокупной цены, снизить операционные издержки, ограничивая число индивидуальных лицензионных соглашений, необходимых для использования технологии) и таким образом увеличить доходы от лицензирования. Пулы могут также уменьшить затраты, сокращая число случаев судебных разбирательств по нарушениям. Патентные пулы, однако, могут также использоваться, чтобы устранить противоборство между конкурирующими технологиями и облегчают создание картелей. Участники патентного пула могли бы использовать его как возможность обмениваться конкурентной конфиденциальной информацией о ценах, продукции, маркетинговых стратегиях и т.д. Признавая преимущества патентных пулов, антимонопольные органы по обе стороны Атлантики подвергли патентные пулы рассмотрению в рамках закона о конкуренции, в частности, в отношении их формирования, выбора включенных технологий и их эксплуатации.

Что касается кросс-лицензирования, в Руководстве считается, что, когда перекрестное лицензирование позволяет компаниям объединить дополнительные факторы производства, такое лицензирование может быть доконкурентным.³⁶⁸ Агентства применяют правила разумного анализа ко всем перекрестным лицензионным соглашениям, спрашивая, вредит ли ограничение конкуренции между субъектами, которые были бы фактическими или вероятными конкурентами в отсутствие лицензии, и является ли ограничение разумно необходимым для достижения доконкурентных преимуществ, которые перевешивают антиконкурентные последствия.³⁶⁹ Тем не менее, они принимают другую точку зрения, когда перекрестное лицензирование представляет собой метод сговора по цене и по продукции между смежными конкурентами: договоренности, предопределенные быть механизмами фиксации голой цены или раздела рынка, анализируются под правило запрета как таковое.³⁷⁰ Агентства считают, что антиконкурентные исключения из-за договоренности перекрестного лицензирования невозможны, если стороны договора коллективно не обладают рыночным влиянием.³⁷¹ В этом случае применяется Руководство в отношении предела доли рынка и числа безопасных гаваней для технологий.

Что касается патентных пулов, и принципы США в отношении механизмов лицензирования, и Руководство ЕС по передаче технологий различают дополняющие и заменяющие технологии. Две технологии являются взаимодополняющими, когда они обе необходимы

³⁶⁷ Кросс-лицензионные соглашения существуют в форме двусторонних соглашений, по которым две фирмы предоставляют лицензии на большие блоки соответствующих друг другу патентов, чтобы избежать судебных разбирательств о нарушениях патентных прав. Это устраняет необходимость лицензирования патентов по отдельности и сокращает операционные издержки. Патентные пулы действуют в ситуации, в которых фирма требует лицензии на небольшое число патентов, принадлежащих каждой из многих фирм.

³⁶⁸ Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия, Руководство (см. сноску 220) § 2.3.

³⁶⁹ Там же, § 3.1.

³⁷⁰ Там же, § 3.4.

³⁷¹ Там же, § 5.5.

для производства продукта или для выполнения процесса, к которому относятся эти технологии. Две технологии являются заменяющими, когда одна из них позволяет смежному производителю производить продукт или выполнять процесс, к которому эти технологии относятся. Пулы, состоящие из чистых заменяющих технологий, скорее навредят конкуренции и общественному благосостоянию, чем пулы взаимодополняющих технологий. Еще одно различие имеется между основными и неосновными технологиями. Пулы, которые состоят только из основных технологий, всегда доконкурентные. Все основные технологии по определению также рассматриваются как взаимодополняющие. Пулы с взаимодополняющими неосновными технологиями могут поднять некоторые вопросы конкуренции и должны быть проконкурентные основания для включения неосновных технологий в пул. Агентства США применяют правило разумного анализа патентных пулов, за исключением, когда пул является в чистом виде ограничением по отношению к конкуренции. Патентные пулы, ограничивающие конкуренцию между субъектами, которые были бы фактическими или потенциальными конкурентами на соответствующем рынке в отсутствие лицензии, имеют наибольший потенциал к необоснованному ограничению конкуренции. Вертикальные ограничения лицензии могут также вредить конкуренции, если они препятствуют доступу или поднимают цену на важный вклад или, если они способствуют горизонтальной координации. Агентства США завершили свой анализ политики патентных пулов в Руководстве рядом благоприятных писем по рассмотрению бизнеса, выпущенных Департаментом юстиции относительно патентного пула MPEG, двух патентных пулов по DVD и договора о патентной платформе с участием пяти отдельных 3G технологий беспроводной связи. Федеральная торговая комиссия также инициировала некоторые принудительные меры против патентного пула, образованного Summit Technologies, Inc и VisX, INC, двумя фирмами, присутствующими в производстве и продаже лазеров для глазной хирургии по коррекции зрения. Федеральная торговая комиссия рассмотрела вопрос о том, можно ли достичь двух предполагаемых показателей эффективности патентного пула за счет значительно менее ограниченных средств, и патентный пул был распущен после урегулирования в Федеральной торговой комиссии.

Классификация технологий как взаимодополняющих или взаимозаменяющих - непростая задача, так как в некоторых случаях технологии могут отображать характеристики обоих. Существует также некоторая дискуссия относительно существенного или несущественного характера технологии, так как были предложены различные тесты для определения, будет ли патент иметь важное значение для стандарта или технологии.³⁷² В последнее время все патентные

пулы ограничивались основными (существенными/важными) патентами и предусматривали определение независимыми экспертами того, какие патенты должны быть включены на этой основе как конкурентная гарантия для обеспечения, чтобы патентные пулы не производили какие-либо антиконкурентные последствия.

Руководство ЕС по передаче технологий реализует аналогичный подход.³⁷³ Патентные пулы, состоящие из основных технологий, не подпадают под действие статьи 101 (1) Договора о функционировании ЕС. Включение взаимозаменяющих технологий приводит к тому, что патентные пулы попадают под действие принципа запрета в статье 101 (1), и очень маловероятно, что здесь можно будет воспользоваться юридическим исключением статьи 101 (3) Договора о функционировании ЕС, по крайней мере, нельзя, если взаимозаменяющие технологии составляют значительную часть объединенной технологии, даже если стороны по-прежнему вправе предоставлять индивидуальные лицензии, так как это вряд ли произойдет. Если включены взаимодополняющие патенты несущественного характера, статья 101 (1) становится применимой из-за коллективной комплектации, но статья 101 (3) может применяться, если характер объединенной технологии амбивалентен (частично комплементарны, частично взаимозаменяемы) или он изменился с течением времени (с необходимого на несущественный). Пулы, доминирующие на рынке, обязаны практиковать справедливые и недискриминационные условия лицензирования, и они не могут предоставлять исключительные лицензии.³⁷⁴ Руководство ЕС по передаче технологии также содержит подробный анализ институциональной базы, регулирующей пул, отмечая, что «благодаря тому, каким образом создан, организован и работает технологический пул, может уменьшить риск того, что он будет иметь целью или следствием ограничение конкуренции».³⁷⁵ Открытые пулы считаются более совместимыми с конкуренцией, чем пулы, созданные ограниченной группой владельцев технологий. Привлечение независимых экспертов для создания и работы пула и для рассмотрения, является или нет технология необходимой, также уменьшает вероятность того, что пул будет признан антиконкурентным. Вероятность обмена конфиденциальной информацией в рамках олигополистической схемы и конкурентные гарантии, созданные, чтобы не допустить этого, также рассматриваются Комиссией.

РЕЗЮМЕ. Как антитрестовское законодательство США, так и законодательство ЕС о конкуренции предприняли гибкий подход к патентным пулам и кросс-лицензированию, способствуя тем самым разрешению

³⁷³ Поскольку технологические пулы включают более двух сторон, Положение об исключении блоков 772/2004 в соглашениях о передаче технологии не применяется. Тем не менее, Комиссия предоставляет информацию об аналитических рамках в своих Руководящих принципах по соглашениям о передаче технологий.

³⁷⁴ Там же, п. 226.

³⁷⁵ Там же, п. 230-235.

³⁷² Можно различать «экономический» тест и «технически необходимый» тест.

проблемы дополнений и сдерживая проблемы, которые могут возникнуть в ситуации патентных объединений.

b. Стандартизация и другие формы обмена технологиями

Схема стандартизации может принимать различные формы: технические стандарты могут быть следствием вмешательства регулирующих органов, кооперативные стандарты могут быть созданы за счет добровольных организаций по стандартизации или стандарты, де-факто установленные рынком, могут появиться в результате интенсивной конкуренции между фирмами, занимающимися войной стандартов, где победитель получает все. Можно привести в качестве иллюстрации появления последнего типа стандартов операционную систему Microsoft Windows, или раскладку клавиатуры QWERTY, когда положение фирмы как лидера рынка позволяет ей выбрать стандарт (защищенный правами на интеллектуальную собственность) и вынудить соперников получать лицензию. Стандарты обеспечивают повышенную совместимость между различными продуктами, и возросшую функциональную совместимость, что позволяет запустить сеть. Роль стандартов интерфейса имеет особое значение в области технологий связи, таких как сотовые телефоны, карманные персональные компьютеры, ноутбуки. Стандарт, реализованный до разработки патентного объединения, может облегчить некоторые из дополнений и сдерживать проблемы, связанные с патентными пулами. В то же время, стандартизация может повлечь затраты, так как она запирает потребителей в старой системе, допуская вымогательство в случаях, когда необходимые ПИС не были объявлены до стандарта или может позволить доминирование крупных игроков. То, как возникает промышленный стандарт, имеет особое значение для оценки его влияния на конкуренцию. Кооперативный стандарт обычно позволяет нескольким фирмам принимать активное участие в этой отрасли, в то время как разработка де-факто стандарта может привести к одному, собственному продукту, контролируемому доминирующей фирмой.

Создание кооперативных стандартов подразумевает сотрудничество между конкурентами в контексте Организации по стандартизации (ОС/SSO). ОС принимают связанные с интеллектуальной собственностью правила, чтобы способствовать расширению сотрудничества и разработке стандартов: правила разглашения информации требуют от участников ОС информировать членов ОС о любых правах интеллектуальной собственности, которые у них имеются в отношении технологий; ОС также основаны на правилах прозрачности, что позволяет членам получать информацию о текущих и завершенных работах по стандартизации. Правила лицензирования предусматривают, тот факт, что все члены имеют эффективный доступ к стандарту на справедливых, разумных и недискриминационных условиях (FRAND). Поскольку эти правила включают фактических или

потенциальных конкурентов, они могут нарушать, при определенных обстоятельствах, положения Раздела 1 Закона Шермана в антимонопольном законодательстве США или статьи 101 Договора о функционировании ЕС в конкурентном законодательстве ЕС.

В законодательстве США была установлена антимонопольная ответственность для участников процесса установления стандартов, злоупотребляющих этим процессом с целью исключить конкурентов с рынка.³⁷⁶ Хотя, по мнению Верховного суда, соглашение о стандартах на продукты является, в конце концов, неявным соглашением не производить, не распространять или не покупать определенные виды продукции», антимонопольное законодательство США не включило совместные усилия, направленные на установление стандартов, в той мере, в какой сфера действия соглашения ограничивается установлением стандартов и не распространяется на продажу или ценообразование. В соответствии с американским антимонопольным законодательством, интеграция и разделение рисков, даже среди конкурентов, традиционно классифицируется как договор о совместной деятельности, и таким образом, не подлежит запрету как таковому.³⁷⁷ В контексте организации по стандартизации, целью соглашения является, однако, не разделить риски, но смягчить ситуацию вымогательства, ограничивая вероятность того, что объединение патентов может поставить под угрозу развитие новых технологий.

Предварительное обсуждение условий лицензирования участниками ОС может попасть в поле зрения антимонопольных ведомств, так как конкурирующие фирмы будут действовать совместно для обсуждения условий лицензирования с каждой из фирм, технологии которой могут быть рассмотрены с целью возможного включения в стандарт ОС. Фиктивные переговоры, «предназначенные для прикрытия истинной природы конкретного лицензионного соглашения», подлежат действию правила запрета как такового.³⁷⁸ Например, любые усилия со стороны членов ОС по обсуждению соглашения о фиксации цен будут сами по себе незаконны. Проведение таких многосторонних предварительных переговоров о лицензировании или требованиях ОС к владельцам интеллектуальной собственности раскрывать их предполагаемые условия лицензирования для технологий, которые рассматриваются с целью возможного принятия в стандарт, и происходящие до принятия решения о том, какую технологию включить в стандарт, будут, однако,

376 Allied Tube & Conduit Corp. против Indian Head, Inc., 486 US 492 (1988) (отмечая, что «частные ассоциации по стандартизации традиционно были объектами антимонопольного контроля» из-за их возможного использования в качестве средства для антиконкурентных соглашений между конкурентами); American Society of Mechanical Engineers против Hydrolevel Corp., 456 US 556 (1982).

377 См. наш анализ ниже III.C.2.e.

378 Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия. Руководство по механизмам лицензирования (DOJ and FTC Guidelines on licensing arrangements) (см. ч. 220) §3.4., пример 7.

рассматриваться в рамках стандарта правила разумного подхода при осуществлении антитрестовского законодательства.³⁷⁹

В ряде случаев обманное поведение участника в контексте ОС было доведено до сведения органов по вопросам конкуренции в США. В деле Dell, Федеральная торговая комиссия рассмотрела обманное поведение Dell, которая уклонилась от раскрытия прав ИС, принадлежащих Dell, до принятия стандарта Ассоциацией по стандартам в видеоэлектронике (Video Electronics Standards Association). После того, как этот стандарт был принят, Dell сообщила всем остальным участникам, что применение ими этого стандарта нарушает ее исключительные права. Федеральная торговая комиссия заключила консенсусное соглашение, препятствующее Dell использовать этот патент против тех, кто внедрит этот стандарт.³⁸⁰ В деле Unocal, компания the Union Oil Company of California также обманно объявила в контексте нормотворческих разбирательств ОС до принятия стандарта, что она не имела права собственности на технологии, включенные в стандарт, а как только технология была реализована и другие нефтепереработчики изменили свои НПЗ для соответствия стандарту, подала заявление о нарушении ее патентов и сборе лицензионных платежей. Федеральная торговая комиссия успешно оспорила эту практику и Unocal согласилась на урегулирование с условием неприменения патентов, относящихся к стандартам.³⁸¹ Поскольку некоторые из этих случаев связаны с судебными разбирательствами, связанными с условиями FRAND, мы рассмотрим это позже в следующем разделе.

Если теперь обратиться к Европе, недавно принятые Руководящие принципы по вопросу о применимости статьи 101 Договора о функционировании ЕС к соглашениям о горизонтальном сотрудничестве содержат подробные рекомендации по соглашениям о стандартизации.³⁸² Комиссия рассматривает влияние процесса стандартизации на разных рынках: (I) на продукт или услуги рынка, к которым относится стандарт, (II) если стандартизация включает выбор технологии и права на ИС продаются отдельно от продуктов, к которым они относятся - влияние на соответствующий рынок технологий, (III) на рынок стандартизации, если

существуют различные механизмы стандартизации, (IV) на отдельном рынке испытаний и сертификации, который может быть затронут стандартизацией.³⁸³ Комиссия признает, что стандартизация может привести к значительным положительным эффектам, поскольку она способствует развитию новых и улучшенных продуктов или рынков, но при определенных обстоятельствах они могут ограничивать конкуренцию цен и создавать ограничения для контроля производства и уровня инноваций и технического развития, в частности путем содействия сговору или исключая инновационные технологии и создавая помехи рынку. Анализ является еще более сложным в контексте стандартизации ПИС, так как вовлекает несколько действующих лиц: (I) компании, которые работают только как добывающие и не участвуют в производстве. Эти «непрактикующие лица» могут владеть патентами, необходимые для стандарта, и их единственным источником дохода является лицензирование. (II) Только перерабатывающие компании присутствуют исключительно на уровне производства и не имеют прав интеллектуальной собственности; их производство основывается на технологиях, разработанных другими. (III) Наконец, вертикально интегрированные компании, которые не только разрабатывают технологии, но и продают продукцию. В переговорах между непрактикующими компаниями и вертикально-интегрированными компаниями, у первых есть преимущество, так как вертикально-интегрированные компании не могут предложить перекрестное лицензирование своих собственных прав интеллектуальной собственности. Это может привести к ситуации злоупотребления патентами и чрезмерным роялти, что мы рассмотрим далее в докладе.

Несмотря на возможные антиконкурентные последствия, Комиссия признает, что не существует презумпции того, что обладание или пользование правами интеллектуальной собственности, необходимыми для стандарта, равнозначно обладанию или пользованию рыночной властью. Последствия для конкуренции оцениваются в каждом конкретном случае на индивидуальной основе. Как и в случае с антимонопольными органами США, Комиссия считает, что применение правил ОС по раскрытию информации до принятия стандарта для прикрытия совместно фиксированных цен на продукты переработки либо на замещающие технологии представляет собой ограничение конкуренции по объекту в соответствии со Статьей 101 (1). Все другие договоренности могут не подпадать под статью 101 (1), если нет веских антиконкурентных последствий. По мнению Комиссии, «(если) в данном случае участие в разработке стандартов ничем не ограничено и процедура принятия соответствующего стандарта прозрачна, договоры о стандартизации, которые не содержат обязательства по соблюдению стандартов и обеспечивают доступ к стандарту на справедливых,

379 См.: Министерство юстиции США и Федеральная торговая комиссия. «Антитрестовское законодательство и права интеллектуальной собственности: Содействие инновациям и конкуренции» ('Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition'). Апрель, 2007. Находится по адресу <<http://www.ftc.gov/reports/innovation/P040101PromotingInnovationandCompetitionrpt0704.pdf>> последнее обращение 28 апреля 2013 г., с. 33-56

380 Re Dell, 121 Федеральная торговая комиссия 616 (1996).

381 Re Union Oil Co. of California, 2004 Федеральная торговая комиссия LEXIS 115 (7 июля 2004 г.); см. также, re Rambus, Inc., Dkt. No. 9302, 2006 Федеральная торговая комиссия LEXIS 101 (20 августа 2006 г.), которые будут рассмотрены ниже.

382 Сообщение Комиссии — Руководство по применимости статьи 101 Договора о функционировании ЕС к соглашениям о горизонтальном сотрудничестве (Communication from the Commission — Guidelines on the applicability of Article 101 TFEU to horizontal co-operation agreements), [2011] C 11/1. Ч. 7.

383 Там же, п. 261.

разумных и недискриминационных условиях, как правило, не ограничивают конкуренцию по смыслу статьи 101 (1)».³⁸⁴ Комиссия признает необходимость ОС иметь прозрачные правила и процедуры участия,³⁸⁵ а также добросовестные правила разглашения информации,³⁸⁶ и отмечает, что политика ОС в области ПИС «должна требовать от участников, чтобы их права интеллектуальной собственности были включены в стандарт, чтобы обеспечить безотзывное обязательство в письменной форме и предложить лицензировать свои существенные ПИС всем третьим лицам на справедливых, разумных и недискриминационных условиях («обязательства FRAND»), которые «должны быть обеспечены до принятия стандарта».³⁸⁷ Кроме того, любое исключение участников указанной технологии из обязательства предлагать лицензирование должно быть сделано на ранней стадии разработки стандарта. Если участие в процессе установления стандартов является открытым, то обеспечивается равный доступ, что позволяет всем конкурентам и / или заинтересованным сторонам на рынке, попадающим под действие данного стандарта, принять участие в выборе и разработке стандарта, а риски вероятного ограничивающего влияния на конкуренцию будут низкими.³⁸⁸ Кроме того, конкуренция между многими ОС или процессами установления стандартов в отрасли исключит вероятность принятия антиконкурентных решений. Как четко указано Комиссией, анализ следует сосредоточить на последствиях для рынка, и по этой причине доли рынка товаров или услуг, основанных на стандарте, будут приниматься во внимание.³⁸⁹ Обычно доля рынка более 20% может вызвать более пристальное рассмотрение механизмов ОС. В худшем случае, если будут обнаружены антиконкурентные последствия, может вступить в силу статья 101 (3). Комиссия признает, что стандартизация часто приводит к значительному повышению эффективности. Что касается применения к потребителям требований статьи 101 (3), анализ будет направлен в отношении того, «какие процедуры используются, чтобы гарантировать, что интересы пользователей стандартов и конечных потребителей будут защищены», при этом Комиссия отмечает, что «(если) стандарты облегчают техническое взаимодействие и совместимость конкуренции между новыми и уже существующими продуктами, услугами и процессами, можно предположить, что стандарт будет на пользу потребителям».³⁹⁰ Предположения могут таким образом помочь избежать достаточно сложного и комплексного рассмотрения компромисса между распределительной и динамической эффективностью в этом контексте. Если, однако, создание стандарта приводит к отраслевому стандарту де-факто, статья

101 (3) не может применяться, если это дает сторонам возможность существенно устранить конкуренцию.³⁹¹

РЕЗЮМЕ. Как американское антимонопольное законодательство, так и законодательство ЕС о конкуренции обеспечивают высокую степень гибкости для добровольных процессов установления стандартов до тех пор, пока выполняются основные правила прозрачности, добросовестного разглашения информации, или требование взять на себя обязательство по лицензированию на условиях FRAND.

с. Обязательства лицензирования (F)RAND

Как мы уже объясняли, после того, как стандарт принят, невозможно заниматься производством продуктов в соответствии со стандартом без нарушения прав интеллектуальной собственности, обеспечивающих этот стандарт. Таким образом, после того, как запатентованная технология была включена как неотъемлемая часть стандарта, отрасль оказывается запертой в этом стандарте, так как переход на альтернативные технологии может быть особенно дорог. Держатель патента, необходимого для стандарта, может обратиться в суд, чтобы заблокировать компаниям производство любых продуктов в соответствии со стандартом и добиваться более высоких процентов, чем те, что он попросил бы до принятия стандарта. Нарушителям придется в этом случае удалить свою контрафактную продукцию с рынка и ничего иного, как принять условия лицензирования, которые они не приняли бы в противном случае (ситуация вымогательства). Эта проблема может возникнуть, даже если обладатели патента, необходимого для стандарта, взяли на себя обязательство о лицензировании на условиях (F)RAND.³⁹² Часто с этим связан вопрос, что представляет собой (F)RAND. Этот вопрос мы рассмотрим более подробно при анализе вопроса применения закона о конкуренции к проведению ценообразования. Однако, даже при наличии лицензирования FRAND уровень требуемых роялти может быть выше, чем было бы в противном случае, в частности, если необходимые для стандарта патенты принадлежат добывающим компаниям, которые не занимаются активно ни научно-исследовательскими разработками, ни поставкой продукции или услуг (так называемые «непрактикующие лица»). Они могут иногда способствовать увеличению усилий в научно-исследовательских разработках при добыче (например, университеты и компании активно инвестируют в научно-исследовательские разработки, но предпочитают бизнес-модель лицензирования ПИС), но есть также и «патентные тролли», компании, которые не вносят вклад в научно-исследовательские разработки и разработки продуктов, но вместо этого приобретают

384 Там же, п. 280.

385 Там же, п. 280 и 282.

386 Там же, п. 286.

387 Там же, п. 285.

388 Там же, п. 295.

389 Там же, п. 296.

390 Там же, п. 321(подчеркнуто нами).

391 Там же, п. 324.

392 В Европе используется термин справедливая и разумная недискриминационная цена. В США термин RAND (разумные и недискриминационные условия) является предпочтительным, так как антимонопольное законодательство США не имеет дела с эксплуататорской практикой и, следовательно, «справедливыми» ценами. См. наш анализ ниже.

компания с большим портфелем патентов, затем ждут, пока отрасль не будет заблокирована в стандарте необходимых патентов, которыми они владеют, а затем облагают налогом участников отрасли с требованиями значительных роялти. Риск вымогательства особенно важен на технически сложных рынках, на которых подробные стандарты были разработаны совместно многими компаниями. Как было объяснено ниже, непрактикующие лица не ограничены необходимостью гарантировать перекрестные лицензионные соглашения, как делает большинство вертикально интегрированных компаний, работающих в поставках товаров и услуг: они могут попросить о вынесении судебного запрета в отношении других компаний, зная, что они не подвергаются риску стать объектом аналогичных действий. По этой же причине они не боятся, что ОС могут не захотеть принять в будущем их технологии, так как они не являются активными изобретателями в конкретной отрасли. Так, в случае против NTP, непрактикующего лица, владеющего патентами, которые необходимы для стандарта PCP по технологии беспроводной электронной почты, и Research In Motion (RIM), производителя BlackBerry, угроза NTP применить судебный запрет на работу всех сервисов BlackBerry, осуществляемых RIM, привела к тому, что последний согласился на урегулирование за сумму в 612,5 миллиона долларов США.

После решения Верховного суда США по делу eBay, для непрактикующих лиц стало намного труднее получать предписания в случаях нарушения патентных прав. Тем не менее, в Европе, такие ограничения в использовании постоянных запретов пока не существуют, и, хотя убытки менее значительны, наличие судебного запрета может увеличить рыночную власть непрактикующих лиц и обеспечить высокие доходы от урегулирования споров.

Как антимонопольное законодательство США, так и законодательство ЕС о конкуренции рассматривали поведение, связанное с лицензированием на условиях (F) RAND и патентами, необходимыми для стандарта. Мы уже рассмотрели ниже исполнение раздела 1 Закона Шермана и статьи 101 Договора о функционировании ЕС. Как видно из Руководства ЕС по соглашениям о горизонтальном сотрудничестве, по условиям FRAND патенты, объявленные необходимыми для стандарта, должны быть доступны для всех заинтересованных сторон.³⁹³ Односторонние действия также могут подпадать под действие закона о конкуренции, чаще всего статьи 102 Договора о функционировании ЕС в Европе и раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии в США. Как было признано Европейской комиссией, «злоупотребление рыночной властью, приобретенной в силу ПИС, входящих в стандарт, представляет собой нарушение статьи 102 Договора о функционировании ЕС».³⁹⁴

393 Сообщение Комиссии - Руководство по применимости статьи 101 Договора о функционировании ЕС к соглашениям о горизонтальном сотрудничестве (Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 TEFU to horizontal co-operation agreements) (см. сноску 382), п. 282-283

394 Там же, п. 284.

Некоторые из рассматриваемых действий относятся к возможности передачи обязательств в рамках FRAND со стороны компаний, занятых в процессе установления стандартов, к непрактикующим лицам, которые приобрели эти патенты, после слияний и поглощений или других сделок. В деле N-Data, непрактикующее предприятие получило определенные патенты, необходимые для стандарта Ethernet, разработанного IEEE. Предшественник N-DATA обязался лицензировать свою технологию для бесплатного пользования в размере 1000 долларов США за лицензию, в результате чего эта технология была включена в стандарт, и отрасль обязалась соблюдать этот стандарт. Хотя N-Data сделало эту покупку в полном понимании этого обязательства прежнего собственника, оно потребовало лицензионные платежи, намного превышающие 1000 долларов США за лицензию. Федеральная торговая комиссия утверждает, что поведение N-Data было нечестной практикой, попадающей под действие раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии, которая причиняет ущерб потребителям, и N-Data согласилась на приказ суда в соответствии с заключенным сторонами соглашением, которое потребовало от нее изменить условия лицензирования для того, чтобы привести их в соответствие с обязательствами исходного владельца патента.³⁹⁵ Стоит отметить, что широкое толкование Раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии в этом случае можно рассматривать как ограниченное требованиями о том, что (I) поведение является принудительным или репрессивным (при этом предполагалось, что приостановка действия патента была по своей сути «принудительной» и «репрессивной» по отношению к фирмам, которые, с практической точки зрения, были заблокированы в этом стандарте); (II) существует негативное влияние на конкуренцию (здесь предполагалось влияние на цены и добросовестность процесса установки стандарта); и (III) потерпевшие стороны не в состоянии защитить себя.³⁹⁶

Европейская Комиссия также заняла позицию, в соответствии с которой в Руководстве по горизонтальному сотрудничеству, предусматривается возможность передачи обязательств в рамках FRAND; такая позиция оговаривает, что «для обеспечения эффективности обязательств в рамках FRAND ко всем участвующим владельцам ПИС, которые предоставляют такие обязательства, также должно быть предъявлено требование сделать возможным, чтобы любая компания, которой владелец прав интеллектуальной собственности

395 В «re Negotiated Data Solutions LLC», Федеральная торговая комиссия дело № 051-0094, Решения и распоряжения (23 января 2008), по адресу <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122do.pdf>> (обратите внимание на особые заявления Деборы Платт Маджорас (Deborah Platt Majoras) и Билла Ковачича (Bill Kovacic), см. также In re Robert Bosch GmbH, Федеральная торговая комиссия дело № 121-0081, Решения и распоряжения (26 ноября 2012 г.), по адресу <<http://www.ftc.gov/os/caselist/1210081/121126boschdo.pdf>> последнее обращение 29 апреля 2013 г..

396 См., Анализ предлагаемых распоряжений о согласии в помощь общественному обсуждению на 4-6, в «In re Negotiated Data Solutions LLC», дело № 0510094 (23 января 2008 г.), находится по адресу <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122analysis.pdf>> обращение 29 апреля 2013 г.

передает свои ПИС (включая право на лицензирование этих ПИС), была бы связана этими обязательствами, например, через пункт договора между покупателем и продавцом».³⁹⁷

Стратегии ведения судебных разбирательств, используемые в контексте СЭП, также рассматривались в двух недавних расследованиях в США и в Европе. В США, Федеральная торговая комиссия недавно заключила соглашение с Google в связи с поведением Motorola, дочерней компании Google; Motorola отказалась от своих лицензионных обязательств, принятых по отношению к нескольким стандартизирующим органам, до приобретения компанией Google, в частности, она отказалась лицензировать свои патенты в отношении стандарта, касающиеся смартфонов, планшетных компьютеров и видеоигровых систем на условиях RAND, стремясь получить судебные запреты против тех, кто желал получить лицензию на эти патенты, необходимые для стандарта. Google приобрела Motorola Mobility (MMI) в 2012 году, в том числе патентный портфель MMI на более 24 000 патентов и патентных заявок на ряд патентов, необходимых для отраслевых стандартов, которые используются для обеспечения беспроводной связи и интернет-технологий (например, смартфонов, игровых систем, операционных систем, устройств, предлагающих беспроводную связь или видео высокой четкости). Федеральная торговая комиссия обнаружила, что это поведение, как правило, влияет на конкуренцию на этих рынках электронных устройств и нарушает Раздел 5 Закона о Федеральной торговой комиссии. Урегулирование, предложенное Федеральной торговой комиссией, требует, чтобы Google отозвал свои требования о наложении судебного запрета на RAND-обремененные патенты, необходимые для стандарта, по всему миру в будущем. По данным Федеральной торговой комиссии, предлагаемое урегулирование «может установить шаблон для разрешения споров о лицензировании патентов, необходимых для стандарта во многих отраслях, и уменьшить дорогостоящую и неэффективную необходимость для компаний копировать патенты в чисто оборонительных целях в отраслях, где соответствующие стандартам продукты являются нормой».³⁹⁸

В Европе Комиссия одобрила слияние Google и Motorola в 2012 году. На аргументы Google о том, что новая структура не будет иметь возможность значительно препятствовать эффективной конкуренции после слияния, так как она будет сдерживаться обязательствами в рамках FRAND, которые были приняты Motorola Mobility, Комиссия отметила, что обязательства FRAND «не могут считаться гарантией,

что держатель необходимых для стандарта патентов не будет злоупотреблять своим рыночным влиянием».³⁹⁹ По данным Комиссии, держатель патентов, необходимых для стандарта, безусловно, может угрожать добиваться судебных запретов в любое время и ничто не гарантирует, что соответствующий национальный суд не наложит запретительные меры без детального рассмотрения того, были ли соблюдены условия FRAND и положения статьи 102 Договора о функционировании ЕС, оставив держателю патентов, необходимых для стандарта, свободу применить запрет.⁴⁰⁰ Комиссия отметила, что «угроза судебного запрета, действия по получению судебного запрета или даже фактическое исполнение судебного запрета, выданные под добросовестного потенциального лицензиата, может существенно препятствовать эффективной конкуренции, например, заставляя потенциального лицензиата согласиться на потенциально обременительные условия лицензирования, на которые он в противном случае не согласился бы».⁴⁰¹ Комментируя это решение, Дэмиен Джерадин пришел к выводу, что «Комиссия занимает разумные позиции», так как «хотя она не предполагает, что патентообладателям, которые взяли на себя обязательство FRAND, всегда должно быть запрещено обращаться за судебными запретами (что было бы чрезмерным положением), она признает, что могут возникнуть обстоятельства, когда обращение за судебным запретом может быть злоупотреблением, особенно когда такие запреты используются для того, чтобы заставить «добросовестных» лицензиатов принять лицензионные условия, которые они не приняли бы, если бы не судебный запрет».⁴⁰² Подход, принимаемый Комиссией, поднимает вопрос определения того, что делает лицо «желающим» (добросовестно) лицензиатом, и этот вопрос также поднимался в судебных делах в США.

Недавно Комиссия начала расследование в отношении двух владельцев патентов, необходимых для стандарта, активно действующих в индустрии мобильных устройств (Samsung Electronics и Google MMI), утверждая, что добиваясь и применяя судебные запреты в судах различных государств-членов ЕС против конкурирующих производителей на основе предполагаемого нарушения определенных патентов, необходимых для стандарта, компании не выполнили своих безотзывных обязательств по лицензированию любых патентов, необходимых для стандарта на условиях FRAND, и что такое поведение является злоупотреблением доминирующим

397 Сообщение Комиссии — Руководство по применимости статьи 101 Договора о функционировании ЕС к соглашениям о горизонтальном сотрудничестве (Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 TEFU EC to horizontal co-operation agreements) (см. сноску 382), п. 285.

398 В «In re Google Inc.», Федеральная торговая комиссия Дело №. 121-0120 (3 января, 2013 г.), находится по адресу <<http://www.ftc.gov/os/caselist/1210120/130103googlemotorolastmtofcomm.pdf>>. Заявление Федеральной торговой комиссии (Statement of the Federal Trade Commission).

399 Европейская Комиссия, Дело № COMP/M.6381, Google/Motorola Mobility (13 февраля 2012), находится по адресу <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_2277480_EN.pdf> обращение 29 апреля 2013 года.

400 Там же, п. 113.

401 Там же, п. 107

402 Дэмиан Джерадин (Damien Geradin). «Десять лет усилий Генерального директората в области конкуренции, чтобы выпустить Руководство по применению правил конкуренции для лицензирования необходимых для стандарта патентов: где мы находимся?» («Ten Years of DG Competition Effort to Provide Guidance on the Application of Competition Rules to the Licensing of Standard-Essential Patents: Where Do We Stand?»). 21 января 2013, находится по адресу SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2204359>> или <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2204359>> обращение 29 апреля 2013 г.

положением.⁴⁰³ Эти разбирательства могут предложить Европейской комиссии возможность прояснить свою позицию в отношении наличия судебного запрета для владельцев патентов, необходимых для стандарта в случае готовности лицензиатов и предоставить более детальное определение последней категории.

РЕЗЮМЕ. Государственные органы, курирующие конкурентное право в Европе и США в последнее время предпринимали действия, чтобы управлять поведением, принятым в контексте ОС и в переговорах между обладателями патентов, необходимых для стандарта, и потенциальными лицензиатами за рамками стандартизации. Тенденция по обе стороны Атлантики состоит в том, чтобы ограничить право владельцев патентов, необходимых для стандарта, использовать судебный запрет на использование и аннулирование обязательств по предоставлению лицензии по условиям (F)RAND, принятым ранее первоначальными держателями патентов, необходимых для стандарта. Доступность судебных запретов в этом контексте уже была сокращена в США, в связи с недавним решением Верховного суда в деле *eBay* и последними действиями Федеральной торговой комиссии по исполнению Раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии. В Европе недавние расследования Европейской Комиссии в исполнении Статьи 102 Договора о функционировании ЕС свидетельствуют, что подобный шаг будет иметь место.

d. Фиксация цен и горизонтальные ограничения

Горизонтальное фиксирование цен или незащищенные соглашения, направленные на раздел рынка или наложение ограничений на продукцию, между конкурирующими владельцами интеллектуальной собственности запрещены как Разделом 1 Закона Шермана, так и Статьей 101 Договора о функционировании ЕС. Соглашения между конкурентами, которые ограничивают лицензирование или дают одному конкуренту право вето на стратегические решения другого по лицензированию в отношении ценообразования, выпуска продукции, инноваций, также будут рассматриваться как само по себе нарушение Раздела 1 Закона Шермана.⁴⁰⁴ В Европе такие ограничения четко исключены из сферы действия законодательства по исключению блоков и очень маловероятно, что они могут быть оправданы по статье 101 (3) Договора о функционировании ЕС.⁴⁰⁵

e. Совместные предприятия

⁴⁰³ Европейская комиссия открывает дело против Samsung (European Commission, Commission opens proceedings against Samsung), IP/12/89 (31 января 2012 г.), находится по адресу http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-89_en.htm; Европейская комиссия открывает дело против Motorola (European Commission, Commission opens proceedings against Motorola), IP/12/345 (April 3, 2012), находится по адресу http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-345_en.htm обращение 29 апреля 2013 г.

⁴⁰⁴ Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия. Руководство по механизмам лицензирования (DOJ and FTC Guidelines on licensing arrangements) (см. сноску 220) § 3.4.

⁴⁰⁵ Руководство ЕС по соглашениям о передаче технологии (EU Guidelines on Transfer of Technology Agreements), (см. сноску 106), ст. 4.

Следует проводить различие между соглашениями о горизонтальном сотрудничестве, которые представляют собой совместные предприятия, анализируемые по правилу разумного подхода, и горизонтальное ценообразование или неприкрытые ограничения на выпуск продукции, которые подлежат юрисдикции принципа «запрета по сути». ⁴⁰⁶ Чтобы определить, следует ли рассматривать конкретное ограничение на лицензионные соглашения как принцип «по сути» или по правилу разумного подхода, агентства США размышляют о том, можно ли ожидать, что соответствующее ограничение будет способствовать интеграции экономической деятельности, повышающей эффективность. Любые ограничения в лицензионных соглашениях, которые могут содействовать сочетанию интеллектуальной собственности лицензиара с дополнительными факторами производства, принадлежащими лицензиату, путем, например, совмещения стимулов лицензиара и лицензиатов в целях содействия развитию и маркетингу лицензированной технологии, или путем существенного снижения транзакционных издержек должны быть проанализированы в рамках стандарта правила разумного подхода. Например, ограничения цены, которые сдерживают независимое ценообразование членом совместного предприятия, могут быть подвергнуты предварительному рассмотрению по правилу разумного подхода, когда они разумно необходимы для достижения интеграции экономической деятельности, повышающей эффективность.⁴⁰⁷

В некоторых случаях ограничения могут быть необходимы для достижения важных преимуществ транзакционной эффективности. Классическим примером являются общества по сбору лицензионных платежей. В деле *BMI* Верховный суд США постановил, что коллективные лицензии, выданные и оцененные организациями защиты авторских прав музыкантов-исполнителей ASCAP и ИМТ, не подлежат запрету «по сути» в соответствии с разделом 1 Закона Шермана, потому что: (I) они способствовали появлению новых, интегрированных продуктов «полностью отличающихся от продукта, который любой отдельный композитор смог бы продать самостоятельно», (II) они произвели существенные экономии транзакционных издержек и (III) они были практически необходимы, если авторы песен должны были получать оплату за использование своих сочинений.⁴⁰⁸ Подход *BMI* дает возможность заключать соглашения о горизонтальной кооперации, которые приносят существенное повышение эффективности, чтобы избежать запрета. Конкурентное право ЕС также относительно снисходительно к кооперативным совместным предприятиям по производству или продаже с повышением эффективности.⁴⁰⁹ Суды ЕС

⁴⁰⁶ Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия. Руководство по механизмам лицензирования (DOJ and FTC Guidelines on licensing arrangements) (см. сноску 220), § 3.4.

⁴⁰⁷ *Texasco, Inc. против Dagher*, 547 US 1 (2006).

⁴⁰⁸ *Broadcast Music, Inc. против Columbia Broadcast. System, Inc.*, 441 US 1 (1979).

⁴⁰⁹ См., Европейская Комиссия, Руководство по соглашениям о горизонтальном сотрудничестве (European Commission, Guidelines

также признали важные транзакционные преимущества обществ по сбору лицензионных платежей,⁴¹⁰ хотя в последнее время есть некоторый скептицизм по поводу незаменимости ограничений конкуренции, присущих обществам по сбору лицензионных платежей, поскольку индивидуальная эксплуатация с использованием систем управления правами на цифровые материалы (DRM-технология) может технически заменить коллективное управление с помощью обществ по сбору лицензионных платежей.⁴¹¹

РЕЗЮМЕ. Совместные предприятия могут избежать запрета в конкурентном праве как в США, так и в ЕС, если они способствуют повышающей эффективность интеграции активов, в отсутствие непокрытых или слишком жестких ограничений конкуренции (например, картелей).

3. Объединение и взаимодействие

Объединение может принимать различные формы: чистое пакетирование, связывающие договоренности, где некоторые товары, содержащиеся в пакете предлагаются самостоятельно (связанные продукты), тогда как другие недоступны по отдельности (сопутствующие товары), или смешанное пакетирование, которое относится к практике продажи каждого продукта как часть пакета, а также индивидуальное, но, чтобы быть интересной для потребителей, объединенная цена должна быть ниже, чем сумма индивидуальных цен. В конкурентном праве ЕС связывающие договоренности могут попадать под действие статей 101 и 102 Договора о функционировании ЕС. В антимонопольном законодательстве США они могут быть проанализированы в соответствии с разделом 1 и 2 Закона Шермана, разделом 3 Закона Клейтона или разделом 5 Закона о Федеральной торговой комиссии. Кроме того, связывание может создать основу для исков по нарушению авторского права или патента. Иски по связывающим соглашениям по интеллектуальной собственности могут принимать различные формы: (I) связывание запатентованного устройства с незапатентованным компонентом или когда лицензирование одной технологии возможно только при условии приобретения какого-либо продукта лицензиатом, (II) технологическое связывание

on Horizontal Cooperation Agreements) (см. сноску 382), п. 150-194 (производственные совместные предприятия (production joint ventures), п. 225-256 (в частности п. 255 для совместных предприятий по продажам).

410 Дело 395/87, Прокуратура против Jean-Louis Tournier (Ministère public против Jean-Louis Tournier) [1989] ECR 2521.

411 Дело COMP/C2/38.698 — CISAC (16 июля 2008), находится по адресу http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38698/38698_4567_1.pdf (Комиссия пришла к мнению, что ряд мер, включая членство и территориальные ограничения, внедренные в соглашения о взаимном представительстве, заключенные между обществами по сбору лицензионных платежей, нарушили Статью 101 Договора о функционировании ЕС). Решение Комиссии недавно было частично аннулировано Генеральным судом: см. Дело T-442/08 Международная конфедерация обществ авторов и композиторов (International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) (12 апреля 2013 г.).

в результате изменения конструкции продукта с целью объединения продуктом функциональности запатентованного продукта и незапатентованного, (III) объединенное или пакетное лицензирование, которое связывает нежелательные права интеллектуальной собственности с другими правами интеллектуальной собственности, которые востребованы лицензиатом желая, классический пример – принудительный набор кинофильмов, навязываемый кинотеатрам прокатом, (IV) пакетирование лицензирования конкретных прав интеллектуальной собственности с франчайзингом. Мы сосредоточимся на связывании патентов связей, технологическом связывании и пакетном лицензировании.

а. Патентное связывание

Связывание является относительно частым видом исков, относящихся к лицензированию интеллектуальной собственности, и являлось особенно важным для развития взаимодействия между конкурентным правом и правами интеллектуальной собственности; первые антимонопольные дела, рассматриваемые с точки зрения прав ИС, включающие иски о связывании запатентованных товаров с непатентованными и поднимающие вопрос о пределах права собственника ИС использовать свои права интеллектуальной собственности. После решения Верховного суда в деле о Jefferson Parish Hospital (Больница округа Джефферсон), связывание было подвергнуто своеобразному анализу на квази-по-сути незаконность, так как истцам надо было выполнить четыре элемента, чтобы доказать нарушение Раздела 1, среди которых (I) существование двух отдельных видов продукции, (II) доказательства принуждения и (III) доказательство того, что продавец имеет достаточное экономическое влияние на рынке сопутствующих продуктов, чтобы он мог ограничивать торговлю на рынке связанного продукта (доля рынка менее чем на 30% на рынке сопутствующих товаров была сочтена недостаточной для создания влияния на рынке.)⁴¹² В деле Illinois Tool Works Верховный суд признал, что «сильное неодобрение этого суда по отношению к связывающим договорам прецедентного права существенно сократилось», и подчеркнул необходимость доказать рыночное влияние для того, чтобы связывание считалось антиконкурентным.⁴¹³ Суд также отметил, что патент не обязательно наделяет патентообладателя рыночной властью, тем самым нарушив давнюю традицию прецедентов, которые применяли такую презумпцию. В 1995 году Руководство по лицензионным соглашениям Министерства юстиции и Федеральной торговой комиссии перешло на правила разумного анализа связывающих договоренностей по интеллектуальной собственности, отметив, что «хотя связывающие договоренности могут

412 Районная больница №2 прихода Джефферсон против Hyde, 466 U.S. 2, 16 (1984). Четвертым элементом является то, что влияние было оказано на значительный объем межгосударственной торговли в связанном продукте.

413 Illinois Tool Works против Independent Ink, 126 S.Ct 1281 (2006).

привести к антиконкурентным последствиям, такие договоренности могут также привести к значительной эффективности и повышению конкуренции.⁴¹⁴ Согласно Руководящим принципам, агентства, скорее всего, будут оспаривать связывающие договоренности, если (I) рыночная власть продавца распространяется на сопутствующие продукты, (II), договоренность имеет негативные последствия для конкуренции и (III) доводы об эффективности для обоснования договоренности не перевешивают антиконкурентные последствия.⁴¹⁵ В Руководстве, кажется, уделяется меньше внимания доказательствам существования двух отдельных продуктов, и эта тенденция будет продолжаться и в случаях технологических связываний несколько лет спустя.

В конкурентном праве ЕС для того, чтобы возникла искомая претензия о связывании, «необходимо условие, что продукты и используемые технологии отличаются в том смысле, что есть четкое разделение спроса на каждый из этих продуктов и технологий, входящих в состав связывающего или пакетного соглашения».⁴¹⁶ Как отмечено в Руководстве Комиссии по передаче технологий «это обычно не тот случай, когда технологии или продукты по необходимости связаны таким образом, что лицензированная технология не может быть использована без связанного продукта или обе части пакета не могут быть использованы без другой части».⁴¹⁷ Связывающие соглашения не попадают под действие Статьи 101 Договора о функционировании ЕС, если доля рынка сторон находится ниже порога 20% по соглашению между конкурентами и 30% по соглашению между неконкурентами, которые относятся «к любым рынкам соответствующих технологий или продуктов, пострадавшим от лицензионного соглашения, включая рынок связанного продукта».⁴¹⁸ Над этими порогами доли рынка Комиссия будет управлять балансированием и способствующими конкуренции последствиями связывания. Среди рассматриваемых последствий для повышения эффективности, Комиссия отмечает случаи, в которых связывание необходимо для технически удовлетворительной эксплуатации лицензированной технологии, для обеспечения соответствия стандартам качества, а также для того, чтобы лицензиат мог использовать лицензированную технологию значительно более эффективно, или когда лицензиар имеет законный интерес в обеспечении того, чтобы качество продукции было таким, чтобы оно не подрывало ценность его технологии или его репутацию как хозяйствующего субъекта.⁴¹⁹

414 Министерство юстиции США и Федеральная торговая комиссия. Руководство по механизмам лицензирования (DOJ and FTC Guidelines on licensing arrangements) (см. сноску 220), § 5.3.

415 Там же.

416 Европейская Комиссия. Руководство по передаче технологии (European Commission, Guidelines on Transfer of Technology) (см. сноску 106), п. 191.

417 Там же

418 Там же, п. 192.

419 Там же, п. 194, 195.

Связывающие соглашения могут подпадать под действие статьи 102 Договора о функционировании ЕС. Статья 102 (D) приводит связывание в качестве примера злоупотреблений: «ставящих заключение контрактов в зависимость от принятия партнерами дополнительных обязательств, которые по своему характеру или в соответствии с торговой практикой, не связаны с предметом этих контрактов». Реализация этой статьи требует сложной задачи выявления антиконкурентных (которые влияют на потребителей) вынужденных пакетных продаж, но при этом разрешаются те, которые не антиконкурентные.

В деле Tetra Pak II Судом установлено, что даже там, где связанные продажи двух продуктов соответствуют правилам коммерческого использования или существует естественная связь между двумя рассматриваемыми продуктами, такие продажи могут по-прежнему представлять собой злоупотребление по смыслу статьи 102, если только они не являются объективно оправданными, тем самым применяя стандарт квази— по сути незаконности к контрактному пакетированию фирмой, занимающей доминирующее положение, в отношении двух различных продуктов. Суд применил тест на основе поставки для определения состояния двух различных продуктов, отметив, что в течение значительного времени производители связанного продукта были независимыми, и, делая из этого вывод, что эти два продукта различны. Суд также объявил принцип, согласно которому «любой независимый производитель совершенно свободен в отношении того, что касается законодательства [ЕС] о конкуренции, в производстве расходных материалов, предназначенных для использования в оборудовании, производимом другими производителями, если при этом он не нарушает право интеллектуальной собственности конкурента».⁴²⁰ В деле СВЕТ, Суд постановил, что нарушение совершено, если без объективной необходимости предприятие, занимающее доминирующее положение на определенном рынке, сохраняет за собой или за предприятием, принадлежащим к той же группе, вспомогательную деятельность, которые могла бы осуществляться другим предпринимателем в рамках своей деятельности на соседнем, но отдельном рынке, с возможностью устранения всякой конкуренции со стороны такого предприятия.⁴²¹

Этот ограничительный подход судов ЕС к связывающим соглашениям, возможно, был преобразован в форму структурированного анализа на основе правила разумного подхода в недавнем решении Генерального суда в деле Microsoft, хотя это дело касается технологического связывания.⁴²² Руководство по приоритетам Комиссии не ссылается на условие принуждения, которое можно найти в прецедентном

420 Дело C-333/94 P, Tetra Pak против Комиссии (Tetra Pak II) [1996] ECR I-5991.

421 Дело 311/84, СВЕТ против Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA [1985] ECR 3261

422 Дело Microsoft CFI .

праве, и отмечает, что статья 102 может применяться там, где предприятие является доминирующим на рынке сопутствующих товаров и где, кроме того, (I), сопутствующие и связанные продукты являются отдельными продуктами и (II) практика связывания, скорее всего, приведет к антиконкурентному лишению права выкупа.⁴²³ Состояние отдельных продуктов также трактуется более широко, Комиссия считает, что «присутствие на рынке предприятий, специализирующихся на производстве или продаже связанных продуктов без сопутствующих продуктов или каждого из продуктов пакетированных доминирующей фирмой» представляет косвенные доказательства (не прямые, как это было предложено в постановлении Суда по предыдущему делу) отдельного характера продуктов.⁴²⁴

b. Технологическое связывание

Технологическая интеграция или связывание было ареной непрерывных дебатов ввиду тенденции к интеграции нескольких функциональных характеристик в продуктах на рынках высоких технологий. Изменения дизайна и конструкции продукта и технологическая интеграция могут привести к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в США. В деле *CR Bard, Inc против M3 Systems*, Апелляционный суд Федерального округа постановил считать нарушением со стороны Bard модификацию конструкции своего биопсийного пистолета с целью помешать своему конкуренту использовать в этих пистолетах скопированные одноразовые иглы.⁴²⁵ В деле *Microsoft II*, Апелляционный суд Федерального округа постановил, что связывание со стороны Microsoft своего программного обеспечения для веб-браузера с программным обеспечением для операционной системы было допустимым: любая «подлинная технологическая интеграция», объединяющая функциональные возможности таким образом, который дает преимущества, которые были бы недоступны, если бы функциональные возможности покупались по отдельности и соединялись бы покупателем, является выгодной для потребителей, независимо от того, продаются ли элементы интегрированного пакета по отдельности.⁴²⁶ В деле *Microsoft III*, Апелляционный суд округа Колумбия выявил технологическое связывание, это ситуация, когда связанный продукт физически и технологически интегрирован с сопутствующим продуктом, в рамках связывающего договора, и применил к ним правило разумного подхода, который не включает отдельные испытания изделий (что, по мнению Суда, является «отсталыми и, следовательно, систематически плохими заменами для общей эффективности при наличии новой и инновационной интеграции»), и не будет

выводить заключения об ограничении конкуренции из простого существования рыночного влияния, но потребует, чтобы истец доказал антиконкурентные последствия для рынка связанного продукта.⁴²⁷

Технологическое связывание также оценивается исходя из признания его отдельной формой связывания в конкурентном праве ЕС. После Конструктивного решения Суда общей юрисдикции в деле *EU Microsoft I*, для того, чтобы добиться успеха в деле о технологическом связывании в области конкурентного законодательства ЕС в соответствии со статьей 102 Договора о функционировании ЕС, истец должен доказать, что (I) сопутствующий и связанный продукты – это два отдельных продукта, (II) соответствующее предприятие является доминирующим на рынке сопутствующих продуктов, (III) на практике (соглашение или технологическая интеграция) у покупателей нет возможности выбора, чтобы получить продукт без сопутствующего продукта (принуждение) и (IV) рассматриваемая практика препятствует конкуренции.⁴²⁸ Суд выразил свое нежелание принимать технологическое связывание, когда это приводит к приобретению укоренившегося доминирующего положения на рынке, отметив, что «хотя, в общем, стандартизация может эффективно предоставлять определенные преимущества, доминирующему предприятию нельзя позволить навязывать ее в одностороннем порядке с помощью связывания».⁴²⁹ Появление де-факто стандарта должно быть результатом конкуренции между «внутренними достоинствами» продуктов и должно, в конечном счете, зависеть от выбора потребителя, а не от произвольного решения доминирующей фирмы навязать свои собственные стандарты. Руководящие документы Комиссии, кажется, вдохновлены этими принципами и распространяют на технологические связывания те же условия, что и на договорные связывания, чтобы признать их незаконными в соответствии со статьей 102 Договора о функционировании ЕС, отметив, однако, что «риск антиконкурентного препятствования, как ожидается, будет выше там, где господствующее предприятие делает свою стратегию связывания или пакетирования продолжительной, например, через техническое связывание, которое дорого отменить» и что «техническое связывание также уменьшает возможности для перепродажи отдельных компонентов».⁴³⁰ В

427 *United States против Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 89. (Апелляционный суд округа Колумбия. 2001).

428 Дело T 201/04 *Microsoft Corp. против Комиссии* [2007] ECR II-3601. Европейская комиссия в своем Руководстве по своим приоритетам в применении Статьи 102 Договора о функционировании ЕС к противозаконному исключающему поведению доминирующих компаний, [2009] OJ C 45/7, п. 50 не ссылается на состояние принуждения. Действительно, некоторые авторы ранее утверждали, что это является излишним: Николас Экономидес (*Nicholas Economides*) и Иоаннис Лианос (*Ioannis Lianos*). «Неуловимый антимонопольный стандарт по пакетированию в Европе и в Соединенных Штатах Америки в связи с последствиями процессов Microsoft» («*The Elusive Antitrust standard on bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft cases*»). 2009. 76 (2) // Журнал «Антимонопольное законодательство» (*Antitrust Law Journal*), 483.

429 Дело T 201/04 (см. сноску 428), п. 1152.

430 Европейская комиссия, Руководство по приоритетам (*Priorities Guidance*) (см. сноску 241), п. 53.

423 Европейская Комиссия, Руководство по приоритетам (*European Commission, Priorities Guidance*) (см. сноску 241), п. 50.

424 Там же, п. 51.

425 *C.R. Bard, Inc. против M3 Systems*, 157 F.3d 1340. (Апелляционный суд Федерального округа 1998).

426 *United States против Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935. (Апелляционный суд округа Колумбия 1998).

последующем деле (EC Microsoft II), Комиссия приняла обязательства фирмы Redmond предложить лучший экран в качестве средства судебной защиты для якобы антиконкурентной практики пакетирования программного обеспечения для интернет-браузера с программным обеспечением для операционных систем.⁴³¹ Комиссия недавно начала расследование в отношении Microsoft за несоблюдение условий судебного решения об обязательствах.⁴³²

РЕЗЮМЕ. Антимонопольное законодательство и ЕС и США могут применяться к практике пакетирования и связывания. Антимонопольное законодательство США эволюционировало в сторону более мягкого подхода к технологическому связыванию, требуя подтверждения антиконкурентных последствий и учета выгод в эффективности, принесенных этой практикой. Такой подход согласуется с различными положениями антимонопольного законодательства США, регламентирующего практики связывания. В Европе ситуация несколько иная, которая рассматривает связывание доминирующих фирм с подозрением, в частности, если это приводит к де-факто стандартизации отрасли, и занимает более агрессивную позицию по отношению к технологическому связыванию.

с. Пакетное лицензирование

Что касается пакетного лицензирования, суды США признали, что пакетирование двух связанных друг с другом патентов, без каких-либо ограничений или любых требований, касающихся использования, скорее всего, не будет рассматриваться по правилу незаконности *per se* (по сути).⁴³³ В деле *US Philips Corp. против ITC*, Апелляционный суд Федерального округа признал доконкурентные преимущества пакетного лицензирования, такие, как снижение операционных издержек, намекая на необходимость для судов внимательно изучать бизнес-причины для пакетного лицензирования и его возможные антиконкурентные последствия.⁴³⁴

Комиссия в своем Руководстве по передаче технологий также применяет эквивалент правила разумного подхода к пакетному лицензированию: в Руководстве признаются

потенциальные доконкурентные преимущества пакетного лицензирования и заявляется, что пакетная лицензия, вероятно, будет нарушать статью 101 Договора о функционировании ЕС только в том случае, если доля рынка будет выше предельного уровня для доли рынка. Свыше предела доли рынка обеспечивать балансирование антиконкурентных и способствующих конкуренции эффектов связывания.⁴³⁵

4. Ценообразование прав ИС и конкурентное право

Область со значительными различиями между антимонопольным законодательством США и конкурентным правом ЕС относится к праву владельцев ИС по своему усмотрению налагать ценовые ограничения, либо требуя высокие лицензионные платежи, либо путем выведения послепродажного ограничения цен на дистрибьюторов своей продукции.

а. Штабелирование лицензионных платежей, чрезмерные роялти и ценовая дискриминация

Сохранение проблемы патентных «чащоб» с развитием сложных изделий, включающих многочисленные продукты с соответствующими сторонними правами собственности, может привести к тому, что часто называют «штабелированием лицензионных платежей». Штабелирование роялти является результатом нескольких обязательств роялти, так как различные лицензии, относящиеся к различным продуктам, комбинируются и накладывают совокупность обязательств роялти в размере 6% -20% (или больше).⁴³⁶ Аналогичная проблема возникает в ситуации «штабелирования роялти», когда несколько технологий связаны вместе (иногда навязанные лицензиаром или лучшими практиками в отрасли), также увеличивая проблемы совокупного роялти. Могут возникать проблемы вымогательства, тем более, если участвуют непрaktикующие лица, владеющие патентами,

⁴³⁵ Европейская комиссия, Руководство по передаче технологий (Guidelines on Transfer of Technology) (см. сноску 106), п. 191-195.

⁴³⁶ По этой практике см: Эйнер Эллог (Einer Elhauge). «Приводит ли патентное вымогательство и пакетирование роялти к систематически чрезмерным роялти?» («Do Patent Holdup and Royalty Stacking Lead to Systematically Excessive Royalties?»), 2008, 4 // Журнал конкурентного законодательства и экономики (Journal of Competition Law & Economics) 535; Томас Ф Коттер (Thomas F Cotter). «Патентное вымогательство, средства правовой защиты патентов и антимонопольные ответы» («Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses»), 2009, 34 (4) // Журнал «Корпоративное право» (The Journal of Corporate Law), С. 1151, 1160; Джозеф Фаррелл и др. (Joseph Farrell et al). «Установление стандартов, патенты и вымогательство: хлопотный набор» («Standard Setting, Patents, and Hold-Up: A Troublesome Mix»), 2007, 74 (3) // Журнал «Антимонопольное право» (Antitrust Law Journal), 603; Марк А. Лемли и Карл Шапиро (Mark A Lemley and Carl Shapiro). «Патентное вымогательство и пакетирование роялти» («Patent Holdup and Royalty Stacking»), 2007, 85 // Обзор законодательства Техаса (Texas Law Review), 1991; Грегори Д. Сидак (Gregory J Sidak). «Патентное вымогательство, пакетирование роялти, и презумпция судебного запрета за нарушение патентных прав: ответ Лемли и Шапиро» («Hold-up, Royalty Stacking, and the Presumption of Injunctive Relief for Patent Infringement: A Reply to Lemley and Shapiro»), 2008, 92 // Обзор законодательства Миннесоты (Minnesota Law Review), 714.

⁴³¹ Европейская комиссия, дело COMP/C-3/39.530 – Microsoft (связывание) (16 декабря 2009 г.), находится по адресу http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39530/39530_2671_3.pdf. См. также: Николас Экономидес (Nicholas Economides) и Иоаннис Лианос (Ioannis Lianos). «Критическая оценка средств правовой защиты в антимонопольных процессах ЕС — Microsoft (‘A Critical Appraisal of Remedies in the EU Antitrust Microsoft Cases’). 2010. 2 Columbia Business Law Review 346.

⁴³² Европейская комиссия, IP/12/1149. Комиссия направляет Заявление о возражениях в Microsoft о несоблюдении обязательств по выбору браузера («Commission sends Statement of Objections to Microsoft on non-compliance with browser choice commitments»). October 24, 2012, находится по адресу http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1149_en.htm.

⁴³³ *US Philips Corp. против ITC*, 424 F.3d 1179 (Апелляционный Суд Федерального округа, 2005) (Пакетная лицензия патентов компании Philips на записываемые и перезаписываемые компакт-диски не было само по себе незаконной и могла привести к значительной эффективности). *Princo Corp против ITC*, 563 F.3d 1301 (Апелляционный суд Федерального округа, 2009).

⁴³⁴ Там же., с. 1192-1193.

необходимыми для стандарта, в результате чего выплачиваемые роялти могут существенно увеличиться. Вполне возможно, что бремя стоимости роялти не будет основываться на фактическом вкладе изобретения в конечный продукт. Существуют различные методы работы со штабелированием роялти и пакетированием: верхние и нижние пределы для роялти, переменные роялти и альтернативы лицензионным платежам, такие как единовременные выплаты и патентные пулы с бесплатным кросс-лицензированием среди участников пула.

Может ли, однако, штабелирование лицензионных платежей стать проблемой конкурентного законодательства? Можно провести различие между санкциями со стороны закона о конкуренции относительно практики соглашений об исключении, ведущей к ситуации штабелирования лицензионных платежей и штабелированием лицензионных платежей как таковым, то есть эксплуататорской практикой требования чрезмерных лицензионных платежей. Существуют различные взгляды в ЕС и США об ответственности доминирующих фирм за завышение цен без законов об исключении.

Что касается практики исключения, органы по вопросам конкуренции в Европе и США направили внимание на обманное поведение в контексте организаций по стандартизации. Держатели патентов, раскрывающие информацию о своих патентах и патентных заявках до принятия данного стандарта, могут в лучшем случае требовать лицензионные платежи, которые соответствуют предельной оценке собственной запатентованной технологии. Однако, есть случаи, когда владелец патента может принять такую стратегию, чтобы скрыть во время процесса установления стандартов эту информацию, позволить другим заинтересованным сторонам согласиться на стандарт, включающий запатентованные технологии, и раскрыть информацию о том, что технология защищена патентом, после того, как стандарт получил широкое распространение, когда переговорная позиция других заинтересованных сторон будет ослаблена, так как они уже сделают инвестиции, связанные с конкретным стандартом, и окажутся в заложниках. Тогда владелец патента будет иметь возможность требовать роялти, которые значительно превысят предельную оценку запатентованной технологии (так называемая стратегия «патентной засады»).

В деле Rambus предписание Федеральной торговой комиссии констатировало обман со стороны Rambus, за сокрытие ее патентов и патентов и патентных заявок и за прямые искажения и предоставление вводящих в заблуждение ответов на вопросы о его поведении в контексте организации по стандартизации Объединенного инженерного совета по электронным устройствам (JEDEC) в нарушение раздела 2 Закона Шермана и раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии, отметив также, что обманное поведение может быть найдено в отсутствие четкого обязательства разглашать информацию о

патентах.⁴³⁷ Федеральная торговая комиссия опиралась на нечеткие обязательства по разглашению информации, наложенные на членов JEDEC, сделав вывод, что они включают основные обязанности по добросовестному ведению дел, и заключила из этого, что члены JEDEC имели основания полагать, что процесс разработки стандартов будет совместным и свободным от обмана. Федеральная торговая комиссия также утверждала, что поведение Rambus помешало JEDEC получить обязательство от Rambus по предоставлению лицензии на разумных и недискриминационных условиях (условия RAND). Обман со стороны Rambus имел эффект искажения выбора технологий со стороны JEDEC и предоставил Rambus монопольное влияние. Апелляционный суд округа Колумбия отменил это предписание, потому что Федеральная торговая комиссия не смогла доказать, что, если бы не обманное поведение Rambus, то организация по разработке стандарта приняла бы конкурирующую технологию (таким образом, не было никакого элемента исключения).⁴³⁸ Суд установил, что, если бы Rambus раскрыл информацию перед принятием стандарта, JEDEC либо исключил бы технологии Rambus, или потребовал бы от Rambus обязательств по выполнению условий RAND. Что касается первого вопроса, то Федеральная торговая комиссия в своем расследовании обнаружила доказательства того, что если бы Rambus раскрыл эту информацию, JEDEC все равно включил бы технологии Rambus. Что касается второго вопроса, касающегося обязательств по выполнению условий RAND, суд выдвинул довод, что в антимонопольном законодательстве США эксплуатационные злоупотребления не считаются наносящими антимонопольный вред.⁴³⁹ Суд также высказал оговорки относительно автономного использования Раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии в этом контексте и разработал ограничительные принципы для его применения.

Другое дело касалось процесса против американского производителя чипсета Qualcomm, обладателя прав ИС в стандартах на мобильные телефоны. Qualcomm дал обещание до принятия стандарта предоставить лицензию на запатентованную технологию на условиях RAND. Апелляционный суд Третьего округа в ходе процесса Broadcom Corp. Против Qualcomm обнаружил, что намеренный обман организации по разработке стандартов в отношении обязательств по лицензионным платежам мог составить основание для предъявления иска о монополизации при следующих условиях: (1) в условиях частного процесса разработки стандартов, ориентированного на достижение консенсуса, (2) заведомо ложное обещание патентообладателя лицензировать необходимые для стандарта технологии на условиях RAND, (3) в сочетании с опорой на это обещание [со стороны Организации по определению стандартов при

437 В вопросе Rambus, Inc. (In the matter of Rambus, Inc.) (2 августа 2006), Docket No. 9302. С. 34-35, находится по адресу <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802commissionopinion.pdf>

438 Rambus Inc. против Федеральной торговой комиссии, 522 F3d 456 (Апелляционный суд округа Колумбия, 2008), в сертификате отказано, 129 S. Ct. 1318 (2009).

439 Там же, с. 464-467.

включении этой технологии в стандарт, и (4) последующее нарушение этого обещания патентообладателем, является антиконкурентным поведением, дающим основания для судебного преследования.⁴⁴⁰ Broadcom в значительной мере опирается на анализ Федеральной торговой комиссии в деле Rambus, подчеркивая, что обман становится предметом рассмотрения по антимонопольным вопросам только в том случае, если конкурирующие технологии исключены из рынка и, следовательно, благосостоянию потребителя наносится ущерб.

Можно было бы, наконец, добавить недавнее автономное правоприменение Раздела 5 Закона Федеральной торговой комиссии в делах Negotiated Data Solutions (N-Data), Robert Bosch GmbH и Google. В этих случаях Федеральная торговая комиссия попыталась сформулировать обстоятельства, при которых поведение, связанное с роялти по патентам, необходимым для стандарта, может подпадать под действие раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии, либо как недобросовестные методы конкуренции, либо как недобросовестные действия или практика. Исходя из этого, в деле N-Data Федеральная торговая комиссия обнаружила, что раздел 5 может распространяться на поведение, которое не нарушает антимонопольное законодательство; если это поведение имеет некоторый элемент принуждения или давления, это причиняет существенный вред потребителям, которого не так легко избежать самим потребителям и который не перевешивается компенсационными выгодами для потребителей или конкуренции. В деле Bosch, Федеральная торговая комиссия сделала четкое заявление, что «патентодержатели, которые добиваются судебного запрета против желающих купить лицензию на их необходимые для стандарта патенты, обремененные условиями FRAND, должны понять, что в соответствующих случаях Комиссия может и будет оспаривать это поведение как проявление недобросовестных методов конкуренции в соответствии с Разделом 5 Закона о Федеральной торговой комиссии».⁴⁴¹ В деле Google, Федеральная торговая комиссия обнаружила, что угрозы Google применить судебный запрет в отношении возможных нарушителей своих патентов, необходимых для стандарта, «скорее всего, увеличат затраты для потребителей, потому что производители, использующие патенты Google, необходимые для стандарта, будут вынуждены, в связи с угрозой судебного запрета, платить более высокие ставки роялти, которые будут переложены на потребителей».⁴⁴²

Несмотря на это недавнее расширение сферы действия раздела 3 Закона о Федеральной торговой комиссии, антимонопольное законодательство США не распространяется на чисто эксплуатационные практики. Хотя это всегда было так⁴⁴³, в последнее время были даны более четкие разъяснения в деле Verizon против Trinko, Верховный суд отметил, что «простое обладание монопольным влиянием, и сопутствующее назначение монопольных цен, не только не является незаконным; оно является важным элементом системы свободного рынка. Возможность устанавливать монопольные цены - по крайней мере, на короткий период - это то, что привлекает «деловую хватку», в первую очередь; это вызывает принятие риска, который способствует инновациям и экономическому росту».⁴⁴⁴ «Справедливые» лицензионные платежи не являются целью, которую можно осуществлять в рамках антимонопольного законодательства США.

В Европе, однако, завышение цен (роялти) может быть признано нарушением статьи 102 (а) Договора о функционировании ЕС, которое может применяться к чисто эксплуатационному поведению (эксплуатация потребителей напрямую, без необходимости доказывать какое-либо исключительное поведение), в частности поведение, которое «прямо или косвенно навязывает несправедливые цены купли или продажи или другие недобросовестные условия торговли». В деле United Brands, Суд постановил, что цена может быть признана чрезмерной, если она не имеет никакого разумного отношения к экономической стоимости поставленного продукта.⁴⁴⁵ По мнению Суда, эта чрезмерность могла бы, в частности, быть объективно определена, если бы было возможно рассчитать ее путем сравнения между продажной ценой рассматриваемого продукта и его производственной себестоимостью, что раскрыло бы величину маржи прибыли.⁴⁴⁶ Осуществляется двухступенчатый анализ: следует определить, «является ли чрезмерной разница между реально понесенными расходами и фактически взимаемой ценой, и, если ответ на этот вопрос будет утвердительным, то была ли наложена цена, которая несправедлива либо сама по себе, либо по сравнению с конкурирующими продуктами».⁴⁴⁷ Эти два условия (ступени) являются кумулятивными. Свидетельство чрезмерной прибыли само по себе недостаточно, чтобы доказать злоупотребления. Власти ЕС в области конкуренции используют подход оценки стоимости/цены для того, чтобы определить чрезмерный характер прибыли.

Один из возможных вариантов заключается в определении адекватной меры стоимости для

440 Broadcom Corp. против Qualcomm, 501 F.3d 311 (Апелляционный суд Третьего округа, 2007).

441 В «re Robert Bosch GmbH», дело Во 121-0081 (26 ноября 2012 г.).С. 2.

442 Некоторые члены Комиссии издали особое или совпадающее мнения против расширения Раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии с целью выявления поведения, которое лишь отдаленно является запретительным, а в основном — эксплуататорским. Например, в Google, члены Комиссии Рамирес (Ramirez) и Охлаузен (Ohlausen) считали, что такое поведение не должно подпадать под власть Федеральной торговой комиссии и что суды лучше подходят, чем Федеральная торговая комиссия, для решения сложных споров по лицензированию. Член Комиссии Рош (Rosh) предпочел бы ограничить усмотрение Федеральной торговой комиссии с помощью более явных ограничительных принципов, например, что если поведение возникает

в ситуациях монопольного или почти монопольного влияния, это причиняет особенно пагубный антиконкурентный вред и является результатом обманного поведения.

443 См., например, Berkey Photo, Inc против Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 294 (Апелляционный суд Второго округа. 1979), в сертификате отказано, 444 US 1093 (1980).

444 Дело Trinko (см. сноску 117).

445 Дело 27/76 United Brands против Комиссии [1978] ECR 207.

446 Там же, п. 251.

447 Там же, п. 252.

измерения прибыли (принять подход «затраты плюс»), ее необходимо сравнить с ценой, а затем для оценки избыточности прибыли, следует провести последнюю операцию, предусматривающую определение некоторых контрольных показателей. Однако определение соответствующих расходов становится сложной задачей в контексте поведения, связанного с правами ИС, так как разработка новой технологии включает в себя расходы на НИОКР, таким образом, высокие фиксированные затраты, которые было бы трудно оценить, поскольку фирмы участвуют в нескольких проектах и имеется интенсивное перекрестное субсидирование между успешными и неудачными проектами. Общие расходы, используемые для разработки и производства различных технологий (в частности, в ситуациях кумулятивных инноваций), делают работу еще сложнее. В деле *Scandlines*, Комиссия отклонила подход «издержки плюс» (добавление к предельным издержкам разумной прибыли, которая рассчитывается как процент от себестоимости) в пользу подхода, который будет определять, имела ли цена разумное отношение к экономической стоимости поставленной услуги и будет ли она включать дополнительные расходы (например, невозвратные издержки, альтернативные издержки) и факторы, не отражаемые в аудированной прибыли и затратах (например, стоимость нематериальных активов).⁴⁴⁸ Какая величина прибыли будет считаться чрезмерной - это еще один важный вопрос. В деле *United Brands*, Суд постановил, что прибыль в размере 7% не является достаточной.⁴⁴⁹ Некоторая прибыль также является полностью оправданной в динамичных отраслях или отраслях с сетевыми эффектами.

Что касается адекватных базовых цен, которые определили бы «нечестный» характер взимаемых цен, сравнение с ценами конкурентов может быть одним из возможных вариантов (хотя следует быть осторожным, так как разница в ценах может указывать на различия в качестве). В деле *United Brands* Суд отметил, что «могут быть разработаны и другие - и экономисты-теоретики смогли придумать уже несколько - способы выбора правил для определения того, является ли цена продукта несправедливой».⁴⁵⁰ Другие варианты включают сравнение с ценой продукта на различных географических рынках.⁴⁵¹ В деле *Kanal 5*, модель вознаграждения, применяемая Шведской организацией менеджмента

448 Решение Европейской комиссии, *Scandlines Sverige AB против Port of Helsingborg*, COMP/A 36.568/D3, (23 июля 2004 г.) (п. 209, 224, 226, 227, 234, 235). См. также в контексте ИС: *Attheraces Limited против The British Horseracing Board Limited* [2007] EWCA Civ 38, где Апелляционный суд посчитал, что Высокий суд был неправ, рассматривая «экономическую ценность» сведений перед гонкой как ограниченную производением стоимости + формула.

449 Дело 27/76, *United Brands* (см. сноску 445), п. 266.

450 Там же, п. 253.

451 Дело 27/76, *United Brands* (см. сноску 445), п. 239; дело 395/87, Прокуратура против *Tournier* [1989] ECR 2521; дело 110/88, *Lucaszeau против SACEM*, [1989] ECR 2811; последние два дела об уровне роялти, взимаемых французским коллекторским обществом SACEM за воспроизведение записанной музыки на дискотеках (признавая, что важные различия в ценах между государствами-членами ЕС могут свидетельствовать о нарушении, если предприятие не оправдывает разницу, ссылаясь на объективные различия между ситуациями в соответствующем государстве-члене ЕС и ситуациями, преобладающими во всех других государствах-членах ЕС).

авторских прав (STIM), связанных с трансляцией музыкальных произведений, охраняемых авторским правом, которая рассчитывала суммы роялти на основе доходов телерадиокомпаний, транслировавших эти произведения, и объема музыкального вещания, была признана нарушением по той простой причине, что другой метод позволил бы более точно определить и подсчитать использование этих музыкальных произведений и их аудиторию.⁴⁵² Как отмечается в Руководстве Комиссии о соглашениях по передаче технологий по вопросу о том, является ли плата за доступ к интеллектуальной собственности в контексте разработки стандартов несправедливой или необоснованной при наличии обязательств по выполнению условий FRAND, «методы, основанные на учете расходов, не очень хорошо адаптированы к этому контексту в связи с трудностями в оценке расходов, связанных с разработкой конкретного патента или группы патентов»; может быть лучше, вместо этого, «сравнить лицензионные сборы, взимаемые данной компанией за соответствующие патенты в конкурентной среде, до того, как отрасль была заблокирована в стандарте (*ex ante*), с теми ценами, которые взимались после того, как отрасль была заблокирована (*ex post*)».⁴⁵³ Тем не менее, определение чрезмерности ценообразования в контексте ИС чрезвычайно трудно.

В последнее время имелись некоторые случаи применения этого положения к завышению цен в контексте исков о штабелировании роялти. В деле *Rambus*, Комиссия установила, что *Rambus* занималась «патентными засадами» на основании того же поведения, рассмотренного Федеральной торговой комиссией в этом случае, но пришла к иному выводу, чем конкурентное ведомство США.⁴⁵⁴ Комиссия превратила иск о патентной засаде в иск о том, что *Rambus* взимал чрезмерные платежи за свои патенты, и применила статью 102 (а). В соответствии со Статьей 9 решение об обязательствах ограничило размеры лицензионных сборов, которые *Rambus* может взимать за свои патенты, необходимые для стандарта.⁴⁵⁵

Несправедливо низкие цены также могут быть предметом рассмотрения о возможности применения статьи 102 (а). Это не касается хищнических (грабительских) цен, но ситуации, в которых доминирующий покупатель приобретает продукцию по несправедливо низким ценам. Они определяются путем сравнения между уплаченной ценой и экономической стоимостью предоставляемых услуг. В деле *CICCE*, Суд рассмотрел иск об отмене

452 Дело C-52/07, *Kanal 5 Ltd против Föreningen Svedska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) UPA* [2009] ECR I-9275.

453 Руководство ЕС по соглашениям о горизонтальном сотрудничестве (EU Horizontal Cooperation Agreements Guidelines) (см. сноску 409), п. 289.

454 Решение Европейской комиссии, *Rambus* (European Commission Decision, *Rambus*), COMP/38.636 (9 декабря 2009 г.), находится по адресу http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38636/38636_1203_1.pdf.

455 См. также заявление о возмездии, направленное Европейской комиссией компании *Qualcomm* за то, что ее условия лицензирования и условия ее патентов, необходимых для стандарта, не соответствовали ее собственным обязательствам FRAND и привели к чрезмерным роялти. Комиссия отказалась от дела.

решения Комиссии, относящегося к поведению некоторых французских телеканалов, имеющих эксклюзивные права на трансляцию, о внесении низкой платы за лицензии на авторское право фильмов и признал, что статья 102 (а) может применяться в этих обстоятельствах, хотя в этом случае Комиссия не нашла злоупотреблений, так как было невозможно, в связи с разнообразием фильмов и различных критериев оценки их ценности, определить административный критерий, подходящий для всех фирм, так как все фильмы различны.⁴⁵⁶

Ценовая дискриминация также составляет отдельное нарушение статьи 102 Договора о функционировании ЕС. Европейские органы, отвечающие за конкуренцию, применяли статьи 102 (b) и 102 (c) к различным практикам, но статья 102 (c), в особенности, фокусируется на вторичном ущербе, то есть ситуациях, в которых цена не-вертикально интегрированного доминирующего предприятия дискриминирует покупателей, в результате чего некоторые из них, или один из них, оказываются в невыгодном положении по отношению к другим. Таким образом, она представляет собой чисто эксплуататорскую практику и еще одну иллюстрацию расхождения между моделями ЕС и США о способе рассмотрения в законе о конкуренции односторонних практик доминирующих фирм. В отличие от этого, ущерб первой линии включает в себя применение доминирующей фирмой разных цен к своим конкурентам и, следовательно, представляет собой пример практики исключения. Статья 102 (C), тем не менее, применяется ко всем типам дискриминационных цен, эта область закона ЕС о конкуренции является особенно нечеткой.

В последнее время было много дискуссий относительно воздействия на чисто эксплуататорское поведение, такое как чрезмерные роялти, с помощью Статьи 102 (а) и на штабелирование роялти, происходящее в контексте разработки стандартов и периодических ситуаций вымогательства.⁴⁵⁷ При этом следует иметь в виду, что

456 Дело 298/83, Комитет киноиндустрии Европейских сообществ против Комиссии ('Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes v. Commission') [1985] ECR 1105.

457 См.: Массимо Мотта (Massimo Motta) и Александр де Стрил (Alexandre de Stree). «Эксплуататорские и исключающие чрезмерно высокие цены в законодательстве ЕС ('Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law') // Клаус-Дитер Элерманн (Claus-Dieter Ehlermann) и Изабелла Атанасиу (Isabela Atanasiu) (ред.). Что представляет собой злоупотребление доминирующим положением? ('What is an Abuse of a Dominant Position?'). Hart Publishing, 2006. 91; Эмиль Паулис (Emil Paulis). «Статья 82 ЕК и эксплуататорское поведение» ('Article 82 EC and Exploitative Conduct') // Клаус-Дитер Элерманн (Claus-Dieter Ehlermann) и Мел Маркиз (Mel Marquis) (ред.). Ежегодный журнал «Европейское законодательство о конкуренции» 2007: Реформированный подход к Статье 82 ЕК ('European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC'). Hart Publishing 2008, 515; Ларс Хендрик Рёллер (Lars Hendrik Röller). «Эксплуататорские правонарушения» ('Exploitative Abuses') // Клаус-Дитер Элерманн (Claus-Dieter Ehlermann) и Мел Маркиз (Mel Marquis) (ред.). Ежегодный журнал «Европейское законодательство о конкуренции» 2007: Реформированный подход к Статье 82 ЕК ('European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC') Hart Publishing, 2008. 525; Дэвид С.Эванс (David S Evans) и Хорхе А.Падилья (Jorge A Padilla). «Завышенные цены: использование экономики для определения применимых правовых норм» ('Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules'). 2005. 1 // Журнал «Конкурентное право и экономика» (Journal of Competition Law & Economics). 97; Марк Фурс (Mark Furse). «Завышенные

Руководство Комиссии по приоритетам правоприменения по статье 102 не распространяется на эксплуататорские злоупотребления. Комментаторы высказали ряд оговорок по этому вопросу:

(I) Провести оценку завышения цен может быть трудно. Какими должны быть правильные контрольные показатели: конкурентоспособная цена? Но что это значит? Дуополия? Совершенная или несовершенная конкуренция? Как это может быть подсчитано? Если допустить некоторую маржу выше конкурентоспособной цены, какова величина этой маржи? Как определить разумную прибыль на инвестиции?

(II) Установление четких правил для соблюдения на динамичных рынках еще сложнее; Как эти правила должны применяться на динамичных рынках, где есть первоначальные вложения на будущее? Следует ли требовать высокой рентабельности по факту, ex post, чтобы первоначальные ex ante рискованные инвестиции (например, в НИОКР)? Важно признать, что высокие наценки на некоторые виды деятельности могут потребоваться для покрытия постоянных затрат, которые являются общими для всех видов деятельности;

(III) Средства защиты от завышенных цен можно приравнять к регулированию цен (явно или неявно);

(IV), регулирование цен может быть искажающим для конкуренции, инвестиций и НИОКР; Регулирование цен может заблокировать вход/экспансию конкурентов, может исказить стимулы для инвестиций, может исказить стимулы для маркетинга и НИОКР - то есть подход «портфельного ценообразования» (в связи с тем, что большинство проектов НИОКР терпят неудачу) может исказить ценовые стимулы; Сторонники этой точки зрения полагают, что, возможно, должно быть явное регулирование для определенных областей естественных монополий - таких, как коммунальные услуги, - но это должно быть сделано осторожно, силами отраслевых регуляторов. Остальную экономику надо оставить в покое - так как риски небрежного и плохо информированного вмешательства перевешивают любые потенциальные выгоды;

(V), Как правило, проблема решается сама, так как высокая прибыль стимулирует вход.

(VI) Определение того, что является чрезмерной ценой. является слишком сложным для антимонопольных органов или судов, которые не являются адекватными институтами для решения этой задачи.

цены, несправедливые цены и экономическая ценность: Закон о завышения цен по Статье 82 и Глава II Запрещение» ('Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 and the Chapter II Prohibition'). 2008 // Журнал «Европейское конкурентное право» (European Competition Journal), 59; Ариэль Эзрахи (Ariel Ezrachi) и Давид Джило (David Gilo). «Являются ли завышенные цены действительно самокорректирующимися?» ('Are Excessive Prices Really Self-Correcting?'). 2009. 5(2) // Журнал «Конкурентное право и экономика» ('Journal of Competition Law & Economics'). 249.

Комментаторы также предложили ряд ограничительных принципов применения статьи 102 (а) к чисто эксплуататорским практикам. Это положение должно применяться только в узких обстоятельствах. Существует широкое согласие в отношении возможности применения статьи 102 (а), когда (I) Есть очень высокие и длительные барьеры для входа (и расширения) и (II), фирмы, занимающие (почти) монопольное положение, не являются результатом прошлых инноваций или инвестиций. Тем не менее, некоторые авторы предлагают дополнительные условия. Например, Эванс (Evans) и Падилья (Padilla) полагают, что наряду с выполнением первых двух условий, необходимо, чтобы (III) цены, устанавливаемые фирмой, широко превышали ее средние валовые издержки, и (IV), существует риск, что эти цены могут помешать появлению новых товаров и услуг на смежных рынках.⁴⁵⁸ Джерадин (Geradin), Лэйн-Фаррар (Layne-Farrar) и Пети (Petit) добавляют, что должна быть та или иная форма элемента исключения или мошеннической практики⁴⁵⁹. Рёллер (Röller) предлагает применять их только к ситуациям «провала в правоприменении».⁴⁶⁰ Мотта (Motta) и Де Стрил (De Streel) утверждают, что «не должно быть каких-либо специфических отраслевых регуляторов».⁴⁶¹ Паулис (Paulis) не согласен с точкой зрения относительно отраслевого регулятора, отмечая, что Комиссия должна поддерживать возможность вмешаться, когда национальный регулятор не действует или принимает решения, которые не соответствуют законодательству Европейского сообщества.⁴⁶² Можно было бы, однако, оспорить требование, чтобы, для того, чтобы быть незаконным, *contra legem*, эксплуататорская практика должна быть результатом некоторых форм мошенничества или исключаящего поведения, поскольку текст статьи 102 (а) предусматривает несправедливые цены как нарушение, отдельное от злоупотребления «другими несправедливыми условиями торговли». Если мы будем применять статью 102 (а) только к практикам, которые включают некоторые элементы исключаящего или мошеннического поведения, это поставит под угрозу полное действие Статьи 102 (а) и тип практик, на которые она направлена. Сила вмешательства в дело, конечно, будет варьироваться и будет сильнее, если все эти условия присутствуют. Другие комментаторы критикуют предположение, которое часто делается из того, что рынки это саморегулирующиеся системы, и что высокие цены способствуют входу на рынок новых участников.⁴⁶³

Можно было бы также оспорить аргумент о неспособности судов и органов по вопросам конкуренции определить, что составляет чрезмерную цену, ссылаясь на роль судов в оценке ущерба в контексте споров о конкуренции или судебных дел о нарушении прав интеллектуальной собственности. Комиссия

опубликовала подробные необязательные рекомендации по различным методологиям для оценки ущерба в рамках конкурентного права.⁴⁶⁴ Похожие руководства могут быть опубликованы для эксплуататорских практик. Американские суды нередко приступают к рассмотрению сложных эконометрических данных в антимонопольных спорах. Наконец, суды США разработали так называемый перечень факторов Джорджия Пасифик, которые, предположительно, относятся к определению суммы разумных роялти.⁴⁶⁵ Конкурентные ведомства и суды также участвуют в контроле соблюдения правил средств защиты от обязательного лицензирования и оценки обоснованности требуемых лицензионных платежей. В соответствии с решением Европейской комиссии, установившей, что отказ Microsoft обеспечить интероперабельность (функциональную совместимость) нарушает статью 102 Договора о функционировании ЕС, Microsoft была обязана предоставлять доступ и разрешение на использование информации о функциональной совместимости на разумных и недискриминационных условиях. Европейская комиссия предложила, чтобы оценка обоснованности цен Microsoft зависела от того, «имеются ли инновации в протоколах, и если да, то каковы платежи за сравнимые технологии на рынке».⁴⁶⁶ Согласно Комиссии, «такое вознаграждение не должно отражать стратегическую ценность, вытекающую из рыночного влияния Microsoft». В этом случае ориентиром для исчисления роялти были дополнительные значения протоколов Microsoft, по сравнению с известными решениями, и лицензионные платежи, о которых договорились третьи лица для сопоставимых технологий. После применения средства судебной защиты, введенного Комиссией, Microsoft представил свои схемы платежей, содержащие принципы ценообразования по информации о функциональной совместимости, они были согласованы сторонами. Комиссия пришла к выводу, что некоторые из платежей, взимаемых Microsoft за незапатентованные сведения, были необоснованными, и наложила периодические штрафы.⁴⁶⁷ Генеральный Суд подтвердил контроль, осуществляемый Комиссией за обоснованностью тарифов взимаемых лицензионных платежей.⁴⁶⁸

464 Проект Руководства, Количественная оценка вреда в исках за ущерб на основе нарушения Статьи 101 или 102 Договора о функционировании ЕС (июнь 2011 г.); (Draft Guidance Paper, Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Договора о функционировании ЕС (June 2011), находится по адресу <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_en.pdf> последнее обращение 28 апреля 2013 г.

465 Georgia-Pacific Co. против United States Plywood Co., 318 F. Supp. 1116, 1120 (S.D.N.Y. 1970), mod'd, 446 F.2d 295 (Апелляционный суд Второго округа, 1971). Стоит отметить, что факторы Джорджия Пасифик, которые были разработаны и применялись судами для определения разумного вознаграждения в делах об ущербе от нарушения патента, были недавно применены судами США также в контексте FRAND (см. ESS Tech., Inc. против PC-Tel, Inc., No. C-99-20292 RMW, 2001 WL 1891713, at 3-6 (N.D. Cal. 28 ноября 2001 г.), Rambus, Broadcom etc).

466 Решение по делу Комиссия – Майкрософт (Commission Microsoft Decision) (см. сноску 228), п. 1005-1009.

467 Решение Комиссии, Майкрософт (Commission Decision, Microsoft) (COMP/C 3/37.792) [2009] OJ C 166/20.

468 Дело T-167/08, Microsoft Corp. против Европейской комиссии [27 июня 2012 г.], (отметив, что различие между стратегической ценностью и внутренней ценностью защищаемых технологий является основной предпосылкой оценки обоснованности какого-либо взимаемого

458 Эванс (Evans) и Падилья (Padilla), (см. сноску 457).

459 Дэмьен Джерадин (Damien Geradin), Анн Лэйн-Фаррар (Anne Layne-Farrar) и Николас Пети (Nicolas Petit). Конкурентное право и экономика ЕС (EU Competition Law and Economics). Oxford University Press, 2012). 289.

460 Рёллер (Röller), (см. сноску 457).

461 Мотта (Motta) и де Стрил (de Streel) (см. сноску 457).

462 Паулис (Paulis) (см. сноску 457).

463 Эзрахи (Ezrachi) и Джило (Gilo) (см. сноску 457).

РЕЗЮМЕ. Применение закона о конкуренции к практикам ценообразования, связанным с правами ИС, даже в отсутствие любого исключяющего поведения, является актуальной проблемой в конкурентном праве ЕС. Антимонопольное законодательство США недавно расширило сферу применения Раздела 5 Закона о Федеральной торговой комиссии, охватывая эксплуататорские последствия обманной практики, при разработке некоторых ограничительных принципов. Применение закона о конкуренции к этому типу практики может принести больше проблем, чем оно может решить, в зависимости, конечно, от обстоятельств дела и возможностей конкретных антимонопольных органов или судов. Применение закона о конкуренции к эксплуататорским практикам может, однако, быть оправдано, когда есть очень высокие и длительные барьеры для входа (и расширения) и (почти) монопольное положение не является результатом прошлых инноваций и инвестиций.

б. Послепродажные ограничения на продажу интеллектуальной собственности

(i) Управление ценами при перепродаже товаров, защищенных правами ИС

В то время как незащищенные соглашения о горизонтальном установлении цены или в более общем виде соглашения об ограничении выпуска или поставки продукции попадают под действие правила запрета как такового (*per se*), после конструктивного решения Верховного суда в деле *Leegin*, вертикальное ценообразование зависит от правила разумного подхода.⁴⁶⁹ Прецедентное право Верховного суда отменяет, конечно, Раздел 5.2. Руководства по лицензионным соглашениям,⁴⁷⁰ который до сих пор цитирует позицию Верховного суда в соответствии с более давним прецедентом дела *Dr. Miles*.⁴⁷¹

В то время как закон ЕС о конкуренции не предусматривает возможность запрета как такового (*per se*), поскольку статья 101 (3) может обеспечить исключения для любого ограничения конкуренции, если четыре условия этой статьи будут выполнены, поддержание цен перепродажи представляет собой суровое ограничение, которое попадает в сферу действия принципа запрета статьи 101 (1). Оно также исключается из выгод правила освобождения от

запрета по соглашениям о передаче технологий⁴⁷² и очень маловероятно, что оно сможет извлечь выгоду из отдельных исключений в соответствии со статьей 101 (3), так как часто такие ограничения не являются единственным способом достижения повышения эффективности, другие, менее ограничительные для конкуренции, альтернативы предлагают дополнительные возможности для их достижения.⁴⁷³

(ii) Вертикальные территориальные ограничения

Территориальные ограничения, ограничивающие географическую область, в которой одна или несколько сторон может осуществлять деятельность или продавать товары, можно также трактовать по-разному в антимонопольном законодательстве США и законе ЕС о конкуренции. Хотя горизонтальные территориальные ограничения, как правило, подлежат правилу незаконности, как таковой (*per se*), вертикальные территориальные ограничения оцениваются по правилу разумного подхода и считаются служащими доконкурентным целям.⁴⁷⁴ В Европе территориальные ограничения, которые приводят к абсолютной территориальной защищенности, считаются жесткими ограничениями, исключенными из выгод правила освобождения от запрета.⁴⁷⁵

(iii) Вертикальные ограничения для клиентов и ограничения области использования

Ограничения для покупателя, включенные в соглашение между неконкурентами, рассматриваются в антимонопольном законодательстве США в рамках правила разумного подхода.⁴⁷⁶ В противоположность этому, в Европе ограничения для покупателя рассматриваются как жесткие ограничения, исключенные из преимуществ правила освобождения от запрета, несмотря на некоторые исключения (например, ограничения по области применения).⁴⁷⁷ Ограничения по области применения (ограничения, при которых лицензия либо ограничивается одним или несколькими техническими областями применения или одним или более товарным рынком), также рассматриваются как

⁴⁷² В соответствии со статьей 4.2 (а) Постановления 772/2004 (N 226). См. также Статью 4 Регламента 330/2010 (для вертикальных соглашений), если основной целью соглашения является сбыт. Максимальные цены продажи или рекомендуемые цены продажи не составляют, однако, слишком жестких ограничений, при условии, что они не достигают фиксированной или минимальной цены продажи в результате давления или стимулов, предлагаемых одной из сторон.

⁴⁷³ Руководство ЕС по соглашениям о передаче технологии (EU Guidelines on the Transfer of Technology Agreements) (см. сноску 106), п. 97.

⁴⁷⁴ Министерство юстиции США и Федеральная торговая комиссия. Руководство по лицензионным соглашениям (Guidelines on Licensing Arrangements) (см. сноску 220), § 2.3.

⁴⁷⁵ Статья 4(2)б Правил 772/2004, в цитируемом произведении, если соглашение является соглашением о передаче технологий (практики, которые имеют в качестве прямого или косвенного объекта ограничение пассивных продаж лицензиатом продуктов, включающих лицензируемую технологию) или Статья 4 Правил 330/2010, если это дистрибьюторское соглашение.

⁴⁷⁶ Министерство юстиции США и Федеральная торговая комиссия. Руководство по лицензионным соглашениям (Guidelines on Licensing Arrangements) (см. сноску 220), § 2.3.

⁴⁷⁷ Статья 4(2)б Правил 772/2004, в цитируемом произведении.

вознаграждения.

⁴⁶⁹ *Leegin Creative Leather Prods., Inc. против PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁴⁷⁰ Министерство юстиции США и Федеральная торговая комиссия. Руководство по лицензионным соглашениям (Guidelines on Licensing Arrangements) (см. сноску 220), § 5.2.

⁴⁷¹ *Dr. Miles Med. против John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911). См., однако, позицию Верховного суда в деле США против *General Electric*, 272 US 476 (1926), по которому Верховный суд постановил, что ограничение на цену продажи лицензиата не является незаконным, пока ограничение применяется только к первой продаже запатентованного продукта.

содействующие развитию конкуренции и подлежащие соблюдению принципа разумного подхода.⁴⁷⁸ В законе ЕС о конкуренции эти ограничения могут получить выгоду от освобождения от запрета, но только до предела доли рынка.⁴⁷⁹ Расхождение между антимонопольным законодательством США и законом ЕС о конкуренции может быть объяснено в свете сосредоточенности антимонопольного законодательства США на интеграции рынка и в целом на более негативной позиции, которую оно занимает против оговорок об исключительности.

5. Разрешение споров по правам интеллектуальной собственности и законодательство о конкуренции

Недавно возникшая область применения конкурентного права к поведению, связанному с правами интеллектуальной собственности, включает в себя урегулирование споров в области нарушения прав ИС. Эти методы были особенно заметны в фармацевтической промышленности, где пионерские фармацевтические компании использовали целый набор инструментов, связанных с патентной практикой, которые способствуют задержкам в появлении на рынке дженериков (непатентованных лекарств). Большинство практик исходят из пересечения закона о конкуренции с двумя режимами регулирования: патентное законодательство и регулирование выдачи разрешений на рынке. Положение о выдаче разрешений на рынке задерживает конкуренцию со стороны дженериков на многие годы уже после окончания срока действия патента для фирменных препаратов. Пионерская фармацевтическая компания (разработчик) должна изобрести препарат (активный ингредиент, формула, системы доставки), разработать его, провести исследования по безопасности и эффективности, затем удовлетворить требования Администрации по контролю за продуктами питания и лекарствами (FDA) в США и доказать Администрации по контролю за продуктами питания и лекарствами, что препарат является безопасным и эффективным. В Европе компания-разработчик имеет на выбор: процедуру разрешения на национальном уровне, децентрализованные процедуры, процедуру взаимного признания, либо централизованную процедуру.

⁴⁷⁸ Министерство юстиции США и Федеральная торговая комиссия. Руководство по лицензионным соглашениям (Guidelines on Licensing Arrangements) (см. сноску 220), § 2.3.

⁴⁷⁹ Статьи 4(2)b(i), (ii), (iii), (iv), Правила 772/2004, в цитируемом производстве. Руководство ЕС по соглашениям о передаче технологии (EU Guidelines on the Transfer of Technology Agreements) (см. сноску 106), п. 100-105. Хотя ограничение технической области применения может соответствовать определенным группам клиентов на товарном рынке, Комиссия объясняет разницу между ограничениями для клиентов (которые являются очень жесткими) и ограничениями области применения (которые являются исключением) тем, что последние должны быть объективно определены со ссылкой на идентифицированные и значимые технические характеристики лицензируемого продукта. Ограничения области использования, безусловно, ограничивают использование лицензиатом лицензированной технологии в одной или нескольких конкретных областях применения, не ограничивая, однако, возможность лицензиара использовать лицензируемые технологии.

Каждая страна в рамках ЕС имеет свои собственные процедуры выдачи разрешений заявки на продажу нового препарата, но компания-разработчик может также добиваться разрешения нескольких стран ЕС одновременно с использованием децентрализованной процедуры или процедуры взаимного признания для продуктов, которые выходят за рамки Европейского агентства по лекарственным средствам. В рамках процедуры взаимного признания страны назначения признают продукт, который был впервые разрешен одной страной в ЕС в соответствии с национальными процедурами этой страны. Европейская сертификация лекарственных средств контролируется Европейским агентством по лекарственным средствам, которое отвечает за научную оценку заявок на выдачу разрешений на продажу лекарственных средств в Европе (через централизованные процедуры). Эта процедура занимает не менее 210 дней (хотя вполне возможно провести ускоренную оценку за 150 дней).

Из-за трудоемких и сложных предпродажных требований, регуляторы в Европе и США предприняли усилия продлить период исключительного права для фармацевтических препаратов, одновременно способствуя развитию ценовой конкуренции со стороны дженериков. В Европе специальными правилами введен в действие сертификат дополнительной защиты (SPC) для лекарственных средств, распространяющий действие патентного права на срок не более пяти лет и позволяющий обладателям патента и сертификата SPC на лекарственный препарат пользоваться максимальным сроком до 15 лет эффективной защиты в каждом государстве-члене ЕС с того момента, когда соответствующий лекарственный препарат впервые получает разрешение на продажу на территории ЕЭС. В США, Закон Хэча-Ваксмана (the Hatch-Waxman Act)⁴⁸⁰ продлил срок действия патента на лекарственные препараты на целых пять лет, принимая во внимание длительный процесс утверждения в Администрации по контролю за продуктами питания и лекарствами (FDA). Однако, он уравновесил это расширение периода исключительного права путем предоставления производителям дженериков возможности полагаться на предварительное тестирование фирменными производителями в FDA и демонстрацию терапевтической эквивалентности одобренному препарату компании-разработчика (сокращенный процесс заявки или ANDA), разрешая таким образом производителям дженериков войти на рынок до истечения срока действия патента, если патент фирменного производителя либо является недействительным, либо не нарушается дженериком, а также путем введения стимула для производителей дженериков оспаривать патенты на лекарства и добиваться ускоренного вступления на рынок путем предоставления первому заявителю 180-дневного периода исключительного права на рынке дженериков. Тем не менее, Закон также предусматривает для разработчиков право предъявления иска о нарушении

⁴⁸⁰ 21 Кодекс законов США § 355.

прав по перечисленным патентам в течение 45 дней после уведомления от производителя дженерика и FDA не может утверждать ANDA в течение тридцати месяцев в обычном случае. Мы рассмотрим, как этот конкретный режим может породить судебные разбирательства и стимулировать разработчиков и производителей дженериков заключать соглашения, которые могут ограничить конкуренцию.

Любая задержка для поступления дженериков на рынок производит отрицательное воздействие на благосостояние потребителей и национальных систем здравоохранения. В соответствии с Исследованием фармацевтического сектора, проведенным Европейской комиссией в 2009 году, средняя цена, с которой производители дженериков входят на рынок, на 25% ниже, чем цена разработчика лекарства до потери права исключительности.⁴⁸¹ Кроме того, на рынках, где непатентованные лекарственные средства становятся доступными, средняя экономия для системы здравоохранения составляет почти 20% через год после появления первого дженерика, и около 25% через два года (в среднем по ЕС). Исследование показало, что из-за стратегии компаний-разработчиков разрешения на продажу предоставлялись в среднем на четыре месяца позже в случае их вмешательства, а также предоставило доказательства того, что такая практика генерирует значительные дополнительные доходы по ряду оригинальных продуктов.

Компании-разработчики могут злоупотреблять различными режимами регулирования в целях ограничения конкуренции со стороны дженериков и блокировать их вход на рынок. Во-первых, они разработали патентные стратегии для расширения охвата и срока их патентной защиты, путем подачи многочисленных патентных заявок на одно и то же лекарство (образуя так называемые «патентные кластеры» или «патентные чащобы»). Патентные кластеры мешают конкурентам-производителям дженериков определить, могут ли они разработать непатентованный вариант оригинального препарата, не нарушая один из многочисленных патентов компании-разработчика, и это может привести к неопределенности, влияя таким образом на способность дженериков-конкурентов войти на рынок. Во-вторых, компании-разработчики могут подать добровольные заявки на «разделенный патент», и прежде всего в Европейское патентное ведомство (ЕПВ). Они расщепляют (исходную) заявку разработчика и могут продлить срок рассмотрения со стороны патентного ведомства, что увеличивает правовую неопределенность для компаний-производителей дженериков. В-третьих, они могут продавать версии дженерики своих препаратов, которые, как правило, продаются до выхода на рынок настоящего дженерика, с тем, чтобы захватить значительную часть доли рынка и снизить стимулы для выхода дженериков на рынок, разновидность «вечнозеленых» (внося незначительные

изменения в формулу лекарства, чтобы предотвратить запуск менее дорогих дженериков). В-четвертых, разработчики могут выдвигать аргументы относительно эксклюзивности данных для своих продуктов, для того, чтобы выступить против разрешения на продажу для продукта-дженерика. В-пятых, они могут возбуждать патентные тяжбы против производителей дженериков.⁴⁸² Учитывая, что средняя продолжительность судебных разбирательств в странах ЕС составляет 2,8 лет, а в некоторых странах это занимает до 6 лет, а также высокий процент процедур опротестования в фармацевтическом секторе по патентам ЕПВ, продолжительность процедур существенно ограничивает способность компаний-производителей дженериков своевременно войти на рынок. В некоторых случаях, все эти методы могут быть объединены в стратегию исключения.

Сталкиваясь с этими все возрастающими препятствиями, производители дженериков находят рациональным заключить мировые соглашения с компаниями-разработчиками. У компаний-разработчиков есть еще и стимул заключать мировые соглашения, так как они выигрывали в менее чем половине процессов (75% в США)⁴⁸³, несмотря на серьезную презумпцию, которая требует, чтобы обвиняемые нарушители доказали недействительность патента с помощью ясных и убедительных доказательств. Соглашения обычно ограничивают способность компании-производителя дженерика войти на рынок (производитель дженерика соглашается не продавать препарат в течение части или всего срока действия патента или не оспаривать действительность патента), но значительная часть этих соглашений содержит, помимо этого ограничения, передачу цены от компании-разработчика к компании-производителю дженерика, чаще всего в виде прямой оплаты («плата за задержку» или «обратное соглашение»), в форме лицензии или будущих отношений поставки, в качестве побочных сделок. Действительно, как было отмечено, в Исследовании фармацевтической отрасли, проведенном Комиссией, между 2000 и 2007 годами компании-разработчики и компании-дженерики заключили большое количество соглашений о продаже / сбыте непатентованных лекарственных средств, треть из которых были заключены с компаниями-дженериками до того, как продукт компании-разработчика потерял право исключительности («соглашения о досрочном вступлении на рынок»). Эти соглашения о «досрочном вступлении» содержат положения, которые предусматривают эксклюзивные отношения определенного типа между договаривающимися сторонами, обычно их продолжительность превышает дату потери эксклюзивности в среднем более чем на

⁴⁸² См., наш анализ, цит.соч. Комиссия отметила в Исследовании фармацевтической отрасли, что число патентных судебных дел между изобретателем и компаниями-дженериками увеличилось в четыре раза в период между 2000 и 2007 гг.

⁴⁸³ Федеральная торговая комиссия. Вход препаратов-дженериков на рынок до истечения срока действия патента: Исследование ФТК (Generic Drug Entry Prior to Patent Expiration: An FTC Study). Июль 2002 г.; имеется по адресу <http://www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf>, с. 19-20.

⁴⁸¹ (См. сноску 202)

два года.⁴⁸⁴ Для большинства из этих соглашений, эти дженерики были первыми продуктами-дженериками на рынке и, таким образом, они должны были извлечь выгоду из определенных преимуществ первопроходцев.

Структура стимулов для компаний-дженериков и компаний-разработчиков, установленная Законом Хэча-Ваксмана (the Hatch-Waxman Act) может способствовать применению судебных разбирательств, обратных соглашений и других соглашений о досрочном входе на рынок. Действительно, в то время как изобретатель рискует окончанием исключительных прав и потерей прибыли от продажи лекарств, первая компания - производитель дженерика, получившая ANDA, получает выгоду от периода эксклюзивности в 180 дней, так как цены в этот период в среднем довольно высокие и снижаются еще больше после окончания периода исключительных прав дженерика.⁴⁸⁵ Так как положения о плате за задержку стоят фирменным компаниям гораздо меньше, чем доходы, которые они потеряли бы от ценовой конкуренции, в то время как производители дженериков получают гораздо больше, чем они могли бы получить, конкурируя на рынке, обе стороны выигрывают от этих соглашений, в ущерб потребителям, которые теряют доступ к дешевым дженерикам.⁴⁸⁶ Суммы этих побочных платежей могут быть значительными: в деле *Cipro*, компания-разработчик согласилась сделать платежи, которые составили 398 миллионов долларов США. Комиссия пришла к выводу в Исследовании фармацевтической отрасли, что патентные соглашения в Европе составили платежи в пользу дженериков около 200 миллионов евро с 2000 по 2007 год. Другими словами, с помощью этих соглашений, компании-разработчики и компании-дженерики делают монопольные прибыли.

Различные подходы были предложены для того, чтобы примирить право интеллектуальной собственности и конкурентное право в этом контексте.⁴⁸⁷ Один из подходов заключается в том, чтобы рассмотреть сферу действия права ИС и определить, находится ли реализация влияния на рынке внутри сферы действия патента или вне его. Если предполагаемый нарушитель смог бы остаться на рынке и конкурировать, если бы не соглашение, тогда соглашение могло бы позволить владельцу патента оказывать влияние на рынок, выходя за рамки патентного права, и обратное соглашение

будет признано незаконным. Если для предполагаемого нарушителя не было бы возможным продолжать конкурировать, тогда маловероятно, что соглашение будет нарушением закона о конкуренции. Другой подход предлагает сосредоточиться на последствиях этого метода для благосостояния и рассмотреть, генерирует ли предлагаемое соглашение «по крайней мере столько же выгоды для потребителей, сколько они бы получили, если бы соглашение не было достигнуто и вместо этого их спор был бы решен в судебном порядке.»⁴⁸⁸ Этот подход потребует от лиц, принимающих решения, «точно откалибровать вероятность входа на рынок», исходя из вероятностного характера патентной тяжбы.⁴⁸⁹ Наконец, еще один подход не находит нарушения закона о конкуренции, если стороны урегулировали правомерный спор о правах интеллектуальной собственности, и соглашение находилось в рамках потенциальной сферы прав ИС. Проблемы соглашений об урегулировании патентного спора могут проявиться только тогда, когда иск о нарушении прав является «объективно необоснованным», таким образом, применяя первый тест на судебный обман. Кто-то может пойти еще дальше, требуя доказательств и проверки на фиктивные судебные тяжбы и/или теста Процесса Уокера (Walker Process) на мошеннические судебные разбирательства.

Трактование обратных соглашений в антимонопольном законодательстве США было предметом серьезных разногласий, Федеральная торговая комиссия активно занималась этим вопросом.⁴⁹⁰ Апелляционные суды США также имели возможность рассмотреть несколько таких дел, с разных точек зрения.⁴⁹¹ В деле *Cardizem*, Апелляционный суд 6-го округа США постановил, что обратная оплата деньгами являлась существенным фактором («поддерживание эффективности патента») для того, чтобы считать мировое соглашение, находящееся на апелляции, незаконным по существу (*per se*).⁴⁹² Дело было рассмотрено Апелляционными судами Второго, Одиннадцатого и Федерального округов, которые посчитали, что нарушения Закона Шермана не было, если соглашения ограничивались сферой действия патента, при условии, что не было фактов мошенничества или обманного судебного разбирательства. Различные причины были выдвинуты для этой более мягкой политики: перераспределение

484 Европейская комиссия, Исследование фармацевтического сектора – Заключительный отчет (European Commission, Pharmaceutical Sector Inquiry – Final Report) (см. сноску 43). С. 10.

485 Для анализа см.: Федеральная торговая комиссия. Выведение на рынок препаратов-дженериков до истечения срока патента: Исследование Федеральной торговой комиссии (Federal Trade Commission, Generic Drug Entry Prior to Patent Expiration: An FTC Study). Июль 2002.; находится по адресу <http://www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf>.

486 Федеральная торговая комиссия. Исследование персонала: Как вознаграждения, выплачиваемые фармацевтической компанией, стоят потребителям миллиарды (FTC Staff Study, How Drug Company Pays-Offs Cost Consumers Billions). Январь 2010.; находится по адресу <http://www.ftc.gov/os/2010/01/100112payfordelayrpt.pdf>.

487 Для дальнейшего анализа, см. раздел АВА Антимонопольное законодательство, Справочник по интеллектуальной собственности и антимонопольному законодательству (ABA Section of Antitrust Law, Intellectual Property and Antitrust Handbook). 2007. С. 252-270.

488 Карл Шапиро (Carl Shapiro). «Антимонопольные ограничения для патентных соглашений» (Antitrust Limits to Patent Settlements). 2003. 34 // *Rand Journal of Economics* 391, 395, 396.

489 Раздел АВА Антимонопольное законодательство (ABA Section of Antitrust Law), цит.соч., с. 256.

490 См., <<http://www.ftc.gov/opa/reporter/competition/payfordelay.shtml>> обращение 29 апреля 2013 г.

491 В *re Cardizem CD Antitrust Litig.*, 332 F.3d 896 (Апелляционный суд Шестого округа, 2003) (*Cardizem*), в сертификате отказано, *Andrx Pharm., Inc. против Kroger Co.*, 543 U.S. 939 (2003); *Ark. Carpenters Health & Welfare Fund против Bayer AG*, 604 F.3d 98, reh'g en banc denied, 625 F.3d 779 (Апелляционный суд 2-го округа, 2010); *d re Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litig.*, 544 F.3d 1323 (Апелляционный суд Федерального округа, 2008); *d re Tamoxifen Citrate Antitrust Litig.*, 466 F.3d 187 (Апелляционный суд 2-го округа, 2006); *Schering-Plough Corp. против F.T.C.*, 402 F.3d 1056 (Апелляционный суд 11-го округа, 2005); *Cipro*, 544 F.3d at 1323, (Апелляционный суд Федерального округа, 2008).

492 В *re Cardizem CD Antitrust Litig.*, с. 908.

рисков Закона Хэча-Ваксмана в пользу дженериков (позволяет производителям дженериков оспаривать действительность патента, не неся затрат на вход на рынок или рисков возникновения убытков от нарушения), установленная законом презумпция действительности патента, благоприятное отношение к окончательному урегулированию тяжбы, так как это уменьшает судебные издержки. Хотя Верховный суд отказал в истребовании дела в шести случаях, он недавно принял к рассмотрению дело Федеральная комиссия по торговле, Заявитель против Watson Pharmaceuticals, Inc, и др., где два производителя препаратов-дженериков согласились задержать свой выход на рынок в обмен на долю прибыли от продажи фирменных препаратов AndroGel, и там в ближайшие месяцы ожидается решение.⁴⁹³

Что касается закона ЕС о конкуренции, то положения о неоспаривании, часто включаемые в патентные мировые соглашения, были в целом признаны неподпадающими под действие статьи 101 (1) Договора о функционировании ЕС, если соглашения не связаны непосредственно с урегулированием.⁴⁹⁴ Как Комиссия недавно отметила в своем Исследовании фармацевтической отрасли и в своем недавнем предложении о пересмотре руководящих принципов, касающихся соглашений о передаче технологии, положения о неоспаривании могут, тем не менее, противоречить статье 101 (1), «если лицензиар знает или было бы разумно ожидать, что он знает, что лицензированная технология не отвечает соответствующим правовым критериям для получения защиты интеллектуальной собственности, например, когда патент был выдан после предоставления неправильной, вводящей в заблуждение или неполной информации», тем самым приняв для этого вида практики тест о намерениях. Что касается обратных соглашений, Комиссия направила Заявление о возражениях в Lundbeck и Les Laboratoires Servier за то, что они вступили в соглашения, которые предусматривали перевод существенных сумм денег от компании-разработчика к компании-производителю дженериков, чтобы задержать их выход на рынок.⁴⁹⁵

493 См.: http://www.americanbar.org/publications/preview_home/12-416.html.

494 Руководство ЕС по соглашениям о передаче технологии (EU Guidelines on Transfer of Technology Agreements) (см. сноску 106), п. 209; Дело 193/83 Windsurfing International против Комиссии [1986] ECR 611. По контрасту, соглашения о делимитации товарного знака рассматриваются как классические соглашения о разделе продукции на рынке: см. Дело 35/83 BAT Cigaretten-Fabriken GmbH против Комиссии [1985] ECR 363.

495 В деле Citologram, компания Lundbeck и несколько конкурентов-производителей дженериков были обвинены в заключении соглашений, которые могли стать препятствием для входа непатентованного циталограма на рынки в ЕС: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-834_en.htm. В деле Периндоприл, Les Laboratoires Servier и несколько конкурентов-производителей дженериков были обвинены в заключении соглашений, которые могли стать препятствием для входа непатентованного периндоприла в ЕС. См. также недавнее (19 апреля 2013 г.) заявление о возражениях, направленное Управлением добросовестной конкуренции Великобритании (УДК) в адрес GlaxoSmithKline (GSK), после своего расследования мировых соглашений по патентным спорам (PLSAs) в фармацевтическом секторе. Исходная фактическая жалоба относилась к предполагаемому поведению GlaxoSmithKline в защиту одного из своих препаратов-блокбастеров, Serohat, который является известным антидепрессантом (пароксетин), в частности, мировых соглашений по патентным спорам, которые она

Недавнее предложение о пересмотре руководящих принципов Европейской комиссии по соглашениям о передаче технологии, проходящее в настоящее время общественное обсуждение, впервые упоминает об обратных соглашениях, отметив, что «соглашения между конкурентами, которые включают лицензию на технологии и соответствующий рынок, которые приводят к задержке или иному ограничению возможности для лицензиата по запуску продукта на этом рынке, могут, при определенных обстоятельствах, подпадать под действие статьи 101 (1) «. Они добавляют, что «рассмотрение необходимо, в частности, если лицензиар предоставляет стимул, финансовый или иной, для лицензиата принимать более ограничительные условия соглашения об урегулировании, чем те, которые были бы приняты в противном случае, на основе достоинств технологии лицензиара».⁴⁹⁶

РЕЗЮМЕ. Взрыв судебных разбирательств по вопросам прав интеллектуальной собственности, в частности, в своеобразном контексте регулирования в фармацевтической промышленности, побудил патентообладателей использовать ряд стратегий с тем, чтобы отсрочить вступление дженериков на рынок, в ущерб потребителям. Некоторые из этих методов принимают форму обратных соглашений или соглашений о плате за задержку и соглашений о досрочном выходе на рынок. Законы о конкуренции, как в США, так и в ЕС, изучили эту практику и в некоторых случаях пришли к выводу, что они могут нарушать конкуренцию. Тем не менее, антимонопольным органам по обе стороны Атлантики пока не удалось определить четкие стандарты, которые позволили бы им провести различия между законными соглашениями по урегулированию споров по правам ИС, и теми, которые нарушают закон о конкуренции.

заклучила с тремя компаниями-производителями дженериков (плата за задержку): <http://oft.gov.uk/news-and-updates/press/2013/36-13>

496 Проект предложения по пересмотренному руководству Европейской комиссии по соглашениям о передаче технологии (Draft Proposal for Revised Guidelines of the European Commission on Transfer of Technology Agreements), находится по адресу <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_technology_transfer/guidelines_en.pdf>, п. 223, последнее обращение 28 апреля 2013 г..

IV. ИСЧЕРПАНИЕ ПРАВ (ДОКТРИНА ПЕРВОЙ ПРОДАЖИ)

Патенты, стимулируя инновации, способствуют динамичному развитию, но при этом порождают также неэффективное распределение ресурсов. Владелец исключительных прав, стремящийся к максимальной прибыли, склонен поднимать цены выше уровня конкурентных цен и снижать объем производства. Это порождает общественные издержки монополии в силу того, что некоторые потенциальные потребители отказываются от приобретения по «монопольной» цене, хотя могли бы найти изобретению полезное применение (и тем самым повысить общественное благосостояние). Владелец патента теряет продажи, и его доход, таким образом, не достигает потенциально возможного уровня. Доктрина исчерпания патентных прав (доктрина первой продажи) смягчает последствия первой проблемы. Как только владелец патента продает вариант осуществления изобретения (или дает разрешение на такую продажу), его право на этот вариант осуществления изобретения считается исчерпанным. Покупатель наделен правом перепродажи и может создать вторичный рынок с предложением товаров по более низким ценам. Лица, для которых неприемлема покупка по первоначальной цене, могут сделать покупку на вторичном рынке и наслаждаться выгодами изобретения. Считается также, что доктрина первой продажи отвечает ожиданиям покупателей тем, что лимитирует ограничения на отчуждение.

Однако с доктриной первой продажи связан целый ряд проблем. Во-первых, исчерпание прав не решает полностью первую проблему. Напротив, убытки владельца патента могут возрасти в силу конкуренции продуктов владельца патента на вторичном рынке с продуктами на первичном рынке. Это создает понижающее давление на цены и уменьшает заинтересованность в инновациях. В таких условиях владельцы патентов предпочитают решать проблему общественных издержек монополии путем сегментирования рынков и назначения различных цен в зависимости от покупательной способности каждого рынка. Доктрина первой продажи мешает реализации такой стратегии, поскольку покупатели имеют возможность покупки на дешевом сегменте рынка и перепродажи на дорогом сегменте. Для реализации своей цели владельцы патентов, в частности, используют международные границы. В результате цены в одних странах оказываются значительно ниже, чем в других. Владельцы патентов не верят в то, что их права на продажу там, где цена высока, исчерпываются продажей там, где цена низка.

Имеются и другие причины заинтересованности владельцев патентов в судьбе проданных ими вариантов осуществления изобретений. Некоторые продукты становятся опасными при отсутствии надлежащего обновления. В подобных случаях владелец патента должен контролировать перепродажи, чтобы обеспечить качество (и защитить себя от ответственности за причиненный вред).

Некоторые продукты, особенно в секторах сельского хозяйства и программного обеспечения, являются самовоспроизводящимися; отсутствие контроля за их повторным использованием может привести к полному разрушению первичного рынка. И наконец, в секторе информационных технологий продукты выводятся на рынок через цепочки начисления стоимости, берущие свое начало от производителей отдельных компонентов и далее включающие производителей итогового продукта, дистрибьюторов и розничных продавцов. В силу наличия различных договоренностей между членами цепочки, участники должны контролировать продажи по мере продвижения продуктов вдоль цепочки.

Поскольку имеются столь веские аргументы, как за, так и против доктрины исчерпания прав, в Соглашении ТРИПС нет четко сформулированной позиции по этому вопросу, и указывается лишь, что члены ВТО связаны положениями о национальном режиме и режиме наибольшего благоприятствования (ст. 6, 3 и 4). Таким образом, члены соглашения вправе определять пределы исчерпания прав по собственному усмотрению и позволять владельцам патентов смягчать издержки, связанные с доктриной, на договорной основе.

1. Определение первой продажи

При определении рамок понятия «первая продажа» в первую очередь необходимо ответить на вопрос, что следует считать продажей. В Соглашении ТРИПС нет однозначного ответа на этот вопрос, но обычно полагается, что принцип исчерпания прав собственности распространяется только на добровольные продажи, осуществляемые владельцем патента. Однако, есть основания полагать, что он распространяется также и на продажи по принудительной лицензии (с выплатой роялти владельцу патента). Некоторые страны также считают подпадающими под действие доктрины любые законные продажи — такие, как продажи в странах, где изобретение незапатентовано. Остается неясным, соответствуют ли определения, не включающие добровольную продажу, положениям Соглашения ТРИПС. Важно отметить, что, когда ВТО на раунде переговоров в Дохе приняла решение о расширении использования принудительных лицензий, она предприняла шаги, исключающие попадание производимых по лицензии лекарств на основные рынки владельцев прав (другими словами, такие продажи не считаются подпадающими под действие доктрины исчерпания прав).

Более сложным является вопрос о том, где должны иметь место продажи. Практически любая страна рассматривает продажи на своей территории как подпадающие под действие доктрины исчерпания прав (с учетом исключений, о которых речь идет ниже). Однако страны придерживаются совершенно разных взглядов на продажи за пределами своей территории. Позиция Соединенных Штатов по вопросам международного

исчерпания прав была в течение определенного времени изменчивой. Совсем недавно по делу *Kirtsaeng v Wiley* Верховный суд постановил, что на продаже за пределами Соединенных Штатов произведений, охраняемых авторским правом, распространяется принцип исчерпания прав.⁴⁹⁷ Таким образом, студенту было разрешено покупать учебники в Таиланде по низкой цене, перепродавать их в Соединенных Штатах по более высокой цене и класть выручку себе в карман. Федеральным апелляционным судом США выносилось решение, отрицающее международное действие принципа исчерпания прав по отношению к запатентованным продуктам и процессам, но это имело место до решения Верховного Суда по делу *Киртсаэнга* (*Kirtsaeng*).⁴⁹⁸

Евросоюз придерживается промежуточной позиции: принцип исчерпания прав распространяется на продажи в пределах границ Евросоюза (действие принципа исчерпания прав в пределах Союза), но не распространяется на продажи вне пределов границ Евросоюза (международное действие принципа исчерпания прав). В деле *Silhouette* Европейский суд пришел к выводу, что австрийская правовая норма, регламентирующая исчерпание прав на товарный знак в отношении продуктов, введенных в оборот вне границ Европейской экономической зоны (ЕЭЗ) под товарным знаком правообладателем или с его согласия, противоречит законодательству ЕС в области товарных знаков.⁴⁹⁹ Исчерпание прав происходит только в отношении продуктов, вводимых в торговый оборот в границах ЕЭЗ, и в условиях полной гармонизации правовых норм, касающихся прав, которые предоставляет товарный знак, государства-члены не вправе регламентировать своим национальным законодательством международное действие принципа исчерпания прав, предоставляемых товарным знаком в отношении товаров, вводимых в оборот в странах, не входящих в ЕЭЗ.⁵⁰⁰ В отношении продаж в границах ЕС Европейский суд ввел два условия исчерпания права на распространение, соблюдение которых позволяет стороннему покупателю осуществлять перепродажу охраняемых законом об ИС произведений в других государствах-членах без риска нарушения закона: (i) товары должны быть введены в оборот и проданы таким образом, чтобы обладатель прав ИС извлек экономическую выгоду из своего права, (ii) обладатель права ИС должен дать согласие на ввод товаров в оборот

на рынке ЕЭЗ.⁵⁰¹ Согласие считается доказанным, если обладатель прав интеллектуальной собственности и распространитель, осуществляющий первую продажу, находятся под общим контролем, связаны экономическими взаимоотношениями, или, когда имеет место безвозмездная передача лицензии. Однако дело обстоит не так, если товары были введены в торговый оборот в нарушение условия лицензии, направленного на защиту репутации правообладателя, или, когда товары производятся по принудительной лицензии.⁵⁰² В отношении импорта из стран, не входящих в ЕЭЗ, в деле *Davidoff* суд постановил, что «согласие должно быть выражено способом, однозначно демонстрирующим намерение отказаться от своих прав» или «согласие может в некоторых случаях подразумеваться, исходя из таких фактов и обстоятельств до, во время или после размещения товаров на рынке вне ЕЭЗ, которые, принимая во внимание национальный суд, однозначно свидетельствуют об отказе обладателя от своих прав».⁵⁰³ Таким образом, торговец должен продемонстрировать, что правообладатель дал согласие на ввод продуктов в торговый оборот. При этом молчание правообладателя не является достаточным условием для того, чтобы сделать вывод об отсутствии согласия.⁵⁰⁴ Кроме того, законодательство ЕС признает за правообладателем даже после первой продажи право на защиту репутации от последствий внесения изменений в его производство или от риска введения потребителей в заблуждение путем указания неверного происхождения продукта или подмены товарного знака.⁵⁰⁵

Судя по позиции, сформулированной в Соглашении ТРИПС, существует значительное расхождение в вопросе о том, какую трактовку международного действия доктрины исчерпания прав следует считать наилучшей с точки зрения общественного благосостояния.⁵⁰⁶ Доктрина исчерпания прав без привязки к конкретной территории ставит на первое место интересы собственных потребителей внутри страны, предоставляя им возможность доступа к более дешевым товарам из-за границы. Однако выгода для потребителей достигается

⁵⁰¹ Касательно товарных знаков см, например, статью 7 Директивы 2008/95 о сближении законодательств государств-членов в отношении товарных знаков, *Официальный журнал ЕС OJ* [2008] L 299/25.

⁵⁰² Для анализа см.: Оке Одуду (*Oke Odudu*). «Права интеллектуальной собственности» (*Intellectual Property Rights*) // публикации Беллами (*Bellamy*) и Чилда (*Child*): «Законодательство о конкуренции Европейского союза» (*European Union Law of Competition*). Оксфорд: Университет-пресс, 2013. Гл. 9. С. 682-687.

⁵⁰³ Объединенные дела C-414 и 416/99 *Zino Davidoff и Levi Straus* [2001], Отчет Европейского суда ECR I-8691, § 45-46.

⁵⁰⁴ См. также дело C-244/00 *Van Doren + Q* [2003], Отчет Европейского суда ECR I-3051 (по вопросу о конкретной процедуре рассмотрения обязанности доказывания при протесте против исчерпания прав в судебном разбирательстве по делу о нарушении прав на использование товарного знака).

⁵⁰⁵ См., например, дело 119/75, *Terrapin v Teranova* [1976], Отчет Европейского суда ECR 1039. Имеется также практика рассмотрения Европейским судом дел в отношении того, влияет ли переупаковка медицинских продуктов на репутацию владельца товарного знака: см., например, дело C-143/00 *Boehringer Ingelheim* (№ 1) [2002], Отчет Европейского суда ECR I-3759.

⁵⁰⁶ Для эмпирического изучения ограничений на параллельный импорт см. отчет производственной комиссии правительства Австралии «Ограничения на товары параллельного импорта» (*Restrictions on the Parallel Importation of Goods*), 2009.

⁴⁹⁷ Дело *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, — Верховный суд США — (19 марта, 2013 г.).

⁴⁹⁸ Дело *Jazz Photo Corp. v U.S.*, 439 F.3d 1344 (Фед. апп. суд 2006).

⁴⁹⁹ В деле C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* [1988], Отчет Европейского суда ECR I-4799, трактуется статья 7 Директивы 2008/95 о сближении законодательства государств-членов в отношении товарных знаков [2008], *Официальный журнал ЕС OJ* L299/25.

⁵⁰⁰ Суд, однако, отметил, что руководящие органы ЕС могут всегда расширить область применения принципа исчерпания прав, предусматриваемого статьей 7, в отношении продуктов, вводимых в оборот в странах, не входящих в ЕЭЗ, путем заключения международных соглашений в этой сфере, как это было сделано в контексте Соглашения о Европейском экономическом пространстве.

за счет ущемления интересов владельца патента, направленных на максимальное увеличение прибыли. Тем самым снижаются стимулы для инноваций. В конечном итоге доктрина исчерпания прав без привязки к конкретной территории ущемляет также интересы граждан более бедных стран, где запатентован продукт. Владелец патента может отказаться от продаж на этих рынках, чтобы избежать обратного потока товаров, или же владелец патента может установить цену, исходя из спроса на мировом рынке. В результате цены в бедных странах повысятся, а в богатых упадут. Например, сейчас, когда стало ясно, что книги, проданные в Таиланде можно импортировать в США, издатель может серьезно поднять цены в Таиланде. Общественные издержки монополии в Таиланде возрастут, поскольку далеко не все потребители смогут позволить себе покупку книг по международной цене.

2. Роль договоров (лицензирование для обхода принципа первой продажи)

Правообладатель зачастую пытается смягчить последствия доктрины исчерпания прав путем заключения договора. Например, в деле Киртсанга (Kirtsaeng) книги имели маркировку, указывающую, что они предназначены для продажи только за пределами Соединенных Штатов. Владельцы патентов пытаются отстаивать и другие свои интересы, используя ограничительные лицензии. Так в деле *Mallinckrodt v Medipart* медицинское устройство, предназначенное для транспортировки радиоактивного материала, имело маркировку «только для одноразового использования» с целью предотвращения обновления и перепродажи.⁵⁰⁷ В деле *Quanta Computer v LG Electronics*, связанном с лицензированием в цепочке начисления стоимости, компания LGE выдала компании Intel лицензию на право изготовления и продажи микропроцессоров и чипсетов, в которых использовались патенты LGE. Но рассмотрение условий сделки позволило выяснить, что «ни одна из сторон лицензионного соглашения не предоставляла ... никаким третьим сторонам лицензий на право комплектования третьей стороной лицензионных продуктов любой из сторон какими-либо деталями, компонентами или чем-либо подобным, приобретенным ... у источников, отличных от сторон лицензионного соглашения, или на право использования, импорта, предложения для продажи или продажи такой комплектной продукции».⁵⁰⁸ Аналогичным образом, правообладатели патентов на изобретение областей семян продают семена с условием соблюдения договорного положения, запрещающего фермерам хранить семена и использовать их для выращивания следующего поколения семян.⁵⁰⁹ При нарушении таких положений доктрина исчерпания прав обычно препятствует подаче

исков о нарушениях. Однако действия в нарушение этих лицензий могут рассматриваться как нарушение договорных обязательств.

Судам в Соединенных Штатах пришлось столкнуться с трудностями при принятии решений о том, следует ли удовлетворять иски на исполнение условий таких лицензионных соглашений. Если доктрина первой продажи является важным ограничением прав владельца патента или крайне значима для защиты общественных интересов, тогда владельцу патента не разрешается обходить эти ограничения на договорной основе. Верховный суд США дал понять, что он придерживается именно такой точки зрения. Так в судебном решении по делу Киртсанга (Kirtsaeng) не фигурировала маркировка на книгах, ограничивающая их продажи только регионами вне пределов США, — перепродажа книг в Соединенные Штаты была разрешена. В деле *Quanta* Верховный суд принял решение, что лицензию нельзя использовать для ограничения прав производителей на использование ими покупных компонентов по своему усмотрению.

С другой стороны, судебные прения по делу о семенах *Bowman v Monsanto*, которое в настоящее время рассматривается в Верховном суде, позволяют предположить, что в отношении самовоспроизводящихся технологий действует особая норма: лицензия имеет исковую силу или продажа одного поколения семян не исчерпывает прав владельца патента в следующем поколении семян. Возможно также, что суд позволит обходить доктрину первой продажи, используя договорные обязательства, в тех случаях, когда ограничение является ясным для стороны, являющейся ответчиком по иску об исполнении договора, и/или, когда ограничение имеет важное общественное значение. Так в деле *Quanta* суд возможно не увидел необходимости в ограничении. Кроме того, лицензия содержала противоречивые положения: после ограничения права на использование проданных компонентов было указано, что «независимо ни на какие положения настоящего Соглашения об обратном, стороны договорились, что ничто в нем не должно никаким образом ограничивать или изменять действие принципа исчерпания патентных прав, который в противном случае должен был бы применяться при продаже одной из сторон лицензионных продуктов». В результате покупатели могли оказаться лишены надлежащего уведомления об ограничении. Кроме того, суд мог посчитать, что в данном конкретном случае положение наносило вред конкуренции, тогда как доктрина исчерпания прав усиливает конкуренцию среди производителей и распространителей. В деле о медицинском устройстве Федеральный апелляционный суд, напротив, посчитал, что ограничение «только для одноразового использования» было ясным для покупателей и имело важное значение для целей контроля качества (это дело не было передано в Верховный суд). Как отмечалось выше, в ЕС суды занимают промежуточную позицию в отношении значимости согласия правообладателя.

⁵⁰⁷ *Mallinckrodt, Inc. v Medipart, Inc.*, 976 F.2d 700 (Фед. апп. суд 1992).

⁵⁰⁸ Дело *Quanta Computer, Inc. v LG Electronics, Inc.*, 553 U.S. 617 (2008).

⁵⁰⁹ Дело *Monsanto Co. v Bowman*, 657 F.3d 1341 (Фед. апп. суд 2011), cert. granted, 133 — Верховный суд США. 420 (2012).

РЕЗЮМЕ. Влияние доктрины исчерпания прав на общественное благосостояние не носит четко определенного характера. Доктрина дает выгоды потребителям и вторичным производителям. Однако эти выгоды могут быть обесценены снижением стимулов к инновациям. В случаях, затрагивающих рынки сбыта других стран, преимущества могут быть обесценены также последующим регулированием цен владельцем патента. В тех случаях, когда ограничение перепродажи несет в себе явно выраженную социальную пользу (например, с точки зрения контроля качества, охраны здоровья или предотвращения самовоспроизведения), суды проявляют определенную волю к удовлетворению исков на принудительное исполнение договорных ограничений. Но поскольку доктрина защищает ожидаемые интересы покупателей, последние должны получать надлежащее уведомление об ограничениях перед покупкой.

V. ВОПРОСЫ УПРАВЛЕНИЯ

А. Совершенствование управления системой интеллектуальной собственности

По большей части, управление авторскими правами и торговыми марками считается довольно простым. Авторское право возникает автоматически. Регистрация, если она требуется вообще, по существу является действием, совершаемым в рамках исполнения служебных обязанностей. В Соединенных Штатах, она осуществляется в Бюро регистрации авторских прав, агентства в Библиотеке Конгресса. Контроль за соблюдением правил осуществляется в судах общей юрисдикции.

В Соединенных Штатах, федеральные дела о торговых знаках являются более сложными, потому что регистрация необходима для получения полной федеральной защиты товарного знака, а заявка должна пройти рассмотрение (государственные знаки штатов могут быть получены через использование, а также пользуются определенными федеральными правами). Федеральная регистрация осуществляется в Бюро по патентам и товарным знакам (USPTO). Оно руководствуется в своей работе Рекомендациями по процедуре рассмотрения товарных знаков. Бюро по патентам и товарным знакам имеет специальный апелляционный суд, Совет по судам по товарным знакам и апелляциям, для рассмотрения апелляций на отказы в регистрации. Апелляции от Бюро по патентам и товарным знакам обычно рассматриваются в Апелляционном суде Федерального округа Соединенных Штатов. Как и в случае авторских прав, правоприменительные действия рассматриваются в судах общей юрисдикции.

С патентным правом еще сложнее. Бюро по патентам и товарным знакам проводит экспертизы, используя Руководство по процедуре патентной экспертизы (MPEP). Как и в случае с товарными знаками, в рамках агентства есть судебный трибунал – Совет по патентным судам и апелляциям (PTAB) и апелляции отсюда обычно рассматриваются в Апелляционном суде Федерального округа. Исполнение решений по патентам находится в судах общей юрисдикции, но апелляции направляются в Суд Федерального округа.

Во всех этих случаях, проигравшая сторона имеет право ходатайствовать о пересмотре решения в Верховном суде Соединенных Штатов. Тем не менее, Верховный суд имеет право решать, какие ходатайства удовлетворить. Исторически он удовлетворял ходатайство о пересмотре в очень немногих делах об интеллектуальной собственности.

Система ЕС для товарных знаков и патентов является совершенно иной. Авторские права представляют собой национальные права. Тем не менее, ЕС издал

ряд директив о сроках охраны авторского права, права аренды, права на базы данных, права через Интернет, и по другим вопросам, которые все страны ЕС должны реализовать. Все страны ЕС поддерживают свои собственные бюро патентов и товарных знаков, и национальные права, которые являются результатом работы этих бюро, рассматриваются в национальных судах. Кроме того, ЕС признает Товарный знак Сообщества, который рассматривается в Бюро Европейского союза по регистрации торговых знаков и образцов и оспаривается в национальных судах. Наконец, страны ЕС являются членами Европейской патентной конвенции (EPC), включающей в себя множество стран, которые не входят в ЕС. Патент Европейской патентной конвенции рассматривается в Европейском патентном бюро (EPO). После периода, когда он может быть оспорен в централизованном порядке в Европейском патентном бюро, патент дожидается получения патентных прав в каждой из стран Европейской патентной конвенции, указанных правообладателем. В этот момент правоприменение происходит в национальных судах. В настоящее время ЕС обсуждает разработку Единого патента, который будет рассматриваться в Европейском патентном бюро и применяться в целом ряде специализированных судов. Для всех режимов вопросы по интерпретации законодательства ЕС, в конечном счете, являются предметом рассмотрения для Европейского Суда (ECJ).

Вопросы управления возникают главным образом в связи с патентами, которые включают применение сложного правового режима к технологически сложному материалу. По мере появления новых технологических перспектив, закон должен быть адаптирован для удовлетворения потребностей промышленности и населения. Неправильные решения являются также и чрезвычайно дорогостоящими. Отказ в предоставлении патентов может препятствовать инновациям. Но выдача слишком многих патентов создает налог на инновации, непомерно повышает транзакционные издержки, привлекает непрaktикующих лиц и способствует вымогательству. Из-за того, что ситуация в ЕС осложняется отдельными органами Европейской патентной конвенции и ЕС, вопросы управления будут рассмотрены через призму системы США

1. Роль Бюро по патентам и товарным знакам

Как отмечалось выше, первоначальные решения о патентоспособности принимаются в специализированном учреждении. Бюро по патентам и товарным знакам состоит из корпуса экспертов, имеющих подготовку в отрасли, которую они рассматривают. Администраторы Бюро по патентам и товарным знакам руководят их работой, частично - посредством контроля решений и рассмотрения в Совете по патентным судам и апелляциям, частично через Руководство по процедуре патентной экспертизы, а частично создавая рекомендации по отраслям, имеющим особое значение. Например,

Бюро по патентам и товарным знакам в настоящее время работает над руководящими принципами по искам в области программного обеспечения, с целью требования патентных формул и разглашения информации, которые были бы в большей степени сфокусированными и менее неопределенными. При разработке этих правил, Бюро по патентам и товарным знакам обычно объявляет о своем предложении, а затем проводит серию слушаний по всей стране, чтобы дать заинтересованным сторонам возможность высказать свои замечания. Письменные замечания также можно направлять непосредственно в Бюро по патентам и товарным знакам. Процедура «уведомление и комментарии» повторяется до тех пор, пока Бюро по патентам и товарным знакам не опубликует свой заключительный вариант руководящих принципов.

В Соединенных Штатах нормотворческая деятельность большинства регулирующих органов пользуется правом на существенное уважение, исходя из теории, что этот орган состоит из экспертов в той области, которую они регулируют. По историческим причинам, однако, Бюро по патентам и товарным знакам так и не получило полномочий нормотворческого органа, за исключением вопросов, связанных с практической работой в Бюро по патентам и товарным знакам (например, квалификация адвоката).⁵¹⁰ Хотя Бюро по патентам и товарным знакам может создавать правила для руководства экспертизой, большинство правил, которые Бюро разрабатывает, не имеют права на формальное признание в суде. Аналогичным образом, хотя Управление информации и регулирования (OIRA) выполняет анализ затрат и выгод по всем действиям агентств, носящим законодательный характер, большинство правил Бюро по патентам и товарным знакам не носит законодательного характера и поэтому традиционно не подлежит рассмотрению. Тем не менее, так как патентные вопросы стали более актуальными в экономике, Управление информации и регулирования начало принимать эти правила во внимание. Оно имеет законные полномочия для проведения анализа затрат и выгод «важных» правил, даже если это и не законодательство, и начало делать это в отношении некоторых вопросов интеллектуальной собственности, таких как государственные подходы к разработке стандартов, включая запатентованные стандарты. Более спорно, с 1999 года, Управление информации и регулирования также утвердило полномочия по рассмотрению любого правила с последствиями стоимостью более 100 млн. долларов США, или такого, которое создает серьезное несоответствие или иным образом влияет на действия, предпринятые или планируемые другим агентством.⁵¹¹

510 Объем полномочий этого органа остается несколько неопределенным; см., например, *Tafas против Doll*, 559 F. 3d 1345 (Апелляционный суд Федерального округа. 2009).

511 См., например, Бюро управления и бюджета, Управление информации и по вопросам регулирования, Вопросы и ответы (Office of Management and Budget, Office of Information and Regulatory Affairs Q & As), http://www.whitehouse.gov/omb/OIRA_QsandAs (обсуждение Исполнительного указа 12866 и поправок); OMB Circular A-119, http://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a119 последнее обращение 28 April 2013.

Таким образом, оно может начать рассматривать больше действий Бюро по патентам и товарным знакам. Однако, Управление информации и регулирования - это небольшое агентство; остается неясным, в какой степени оно будет иметь возможность рассматривать действия Бюро по патентам и товарным знакам.

В некоторой степени, степень уважения, предоставленная Бюро по патентам и товарным знакам судами, также может меняться. Последний патентный устав, Закон об американских изобретениях (AIA),⁵¹² наделяет Бюро по патентам и товарным знакам новым правом юрисдикции. Хотя Совет агентства всегда рассматривал апелляции на отказ в выдаче патента, а также имел ограниченные возможности пересматривать патенты, когда обнаруживались новые прототипы, теперь он будет удовлетворять просьбы о пересмотре решения после выдачи патента, что позволяет заинтересованным представителям общественности опротестовать выдачу патента в первые девять месяцев после выдачи (эта процедура будет похожа на процедуру опротестования в Европейской патентной конвенции).⁵¹³ Кроме того, Совет будет рассматривать действия *inter partes* (судебное разбирательство с участием нескольких заявителей) в определенных категориях судебных дел.⁵¹⁴ Эти процедуры дадут Бюро по патентам и товарным знакам более широкий взгляд на патенты и на их влияние на конкуренцию и инновации. Кроме того, в Бюро по патентам и товарным знакам в настоящее время есть Главный экономист, который отвечает за проведение исследований по патентным вопросам, по мере их возникновения.⁵¹⁵ Самое главное, Бюро по патентам и товарным знакам приобретает право устанавливать свои собственные сборы. В результате, оно больше не будет находиться в таком положении, когда оно вынуждено выдавать патенты для поддержания своей деятельности.⁵¹⁶ Наконец, Бюро по патентам и товарным знакам создает дополнительные офисы возле технологических центров (например, Детройт, родина автомобильной промышленности; Кремниевая долина, родина индустрии информационных технологий, и Даллас, родина нефтяной промышленности). Эксперты в этих офисах, вероятно, станут весьма сведущими в

512 Закон об американских изобретениях Лихи-Смита (Leahy-Smith America Invents Act), Pub. L. No. 112-29, 125 Stat. (US) 284 (2011).

513 35 Кодекс законов США § 321-329.

514 Там же, § 311-319.

515 Программу исследований и докладов Главного экономиста, см. <<http://www.uspto.gov/ip/officechiefecon/>> последнее обращение 28 April 2013.

516 Доказательства того, что предыдущая структурированная плата пискажала поведение при выдаче лицензии см. Майкл Фрейкс (Michael D Frakes) и Мелисса Вассерман (Melissa F Wasserman). Влияет ли финансирование агентств на принятие решений? Эмпирическая оценка процедур предоставления патентов Бюро по патентам и торговым знакам ('Does Agency Funding Affect Decisionmaking? An Empirical Assessment of the PTO's Granting Patterns'). 2013, 66 *Vanderbilt Law Review* 67; Роберт Мэрджес (Robert P Merges). «Целых шесть невозможных патентов перед завтраком: права собственности для бизнес-концепций и реформы патентной системы ('As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform'). 1999). 14 // *Журнал Berkeley Technology Law Journal* 577, 589-91.

технологиях местной промышленности и будут особенно хорошо знать потребности этих отраслей.

В результате этих новых полномочий, учреждений, а также процедур, есть ожидание того, что правилам, разработанным в Бюро по патентам и товарным знакам, будет уделяться больше внимания, если не официального признания. Кроме того, поскольку новая процедура *inter partes* (разбирательство с участием нескольких заявителей) дешевле и быстрее, чем вынесение судебного решения, Бюро по патентам и товарным знакам может стать предпочтительным местом для судебных процессов (в самом деле, судья может приостановить рассмотрение дел в ожидании определения Бюро по патентам и товарным знакам в отношении действительности соответствующих патентов). Поскольку решения Бюро по патентам и товарным знакам имеют право на эффект *res judicata* (принцип недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела), мнение Бюро по патентам и товарным знакам может, практически, стать окончательным решением во многих будущих судебных делах.

2. Роль судов

До 1982 года суды общей юрисдикции, в конечном счете, разрабатывали патентное право в ходе судебных разбирательств: специальный суд, Суд по претензиям и патентным апелляциям (CCPA) проводил слушания по апелляциям Бюро по патентам и товарным знакам; региональные суды первой инстанции рассматривали принудительные действия в первой инстанции; и региональные апелляционные суды округов США рассматривали обращения от судов первой инстанции. Это привело к трем проблемам. Во-первых, из-за того, что решения апелляционных судов необязательны друг для друга, появились печально известные различия между законом, применяющимся в ходе экспертизы - который был разработан Судом по претензиям и патентным апелляциям - и законом, применяемым региональными судами первой инстанции и апелляционными судами в ходе судебных разбирательств. Во-вторых, каждый из региональных апелляционных судов имел собственный взгляд на патенты, что приводило к поискам удобного суда между ними. В-третьих, судьи общей практики не всегда толковали закон в соответствии с оптимальным уровнем инноваций. Вмешательство Верховного Суда считалось слишком редким, чтобы решить эти проблемы.

В 1982 году был создан Апелляционный суд Федерального округа США, чтобы рассматривать самые разные дела, включая все апелляции от Бюро по патентам и товарным знакам и все дела федеральных судов первой инстанции, в которых требования истца возникают по Закону о патентах.⁵¹⁷ В результате

направления почти всех федеральных патентных дел в один суд предполагалось, что пресловутые различия исчезнут, равно как и поиски удобного суда. Кроме того, ожидалось, что Апелляционный суд Федерального округа накопит значительный экспертный опыт в области патентного права, то есть, предоставит экспертные точки зрения, чего Бюро по патентам и товарным знакам не могло предоставить, в силу исторических причин.

Мнения о результативности Апелляционного суда Федерального округа являются несколько неоднозначными. Патентные адвокаты очень довольны этим судом. Практики считают, что правоприменение стало более предсказуемым и единообразным по всей стране. Судебное решение также является более эффективным и открытым. Вопросы решаются относительно быстро. Эмпирически, число патентных заявок возросло, когда Апелляционный суд Федерального округа сделал патенты более безопасными. Фактически, популярность Апелляционного суда Федерального округа среди коллегии практикующих патентных поверенных также побудила многие другие страны к созданию специализированных патентных судов (или специализирующихся на интеллектуальной собственности).

В то же время, есть основания для беспокойства. Во-первых, большинство сложностей в патентных разбирательствах возникает в фактической части дела (выяснение фактов или применение закона к фактам), но выяснение фактов является областью суда первой инстанции; апелляционные суды рассматривают факты очень почтительно, только лишь юридические выводы рассматриваются заново. Для того чтобы лучше контролировать суды низшей инстанции, Апелляционный суд Федерального округа посчитал многие фактические вопросы вопросами права, и, как правило, применяет жесткие, четкие правила, чтобы облегчить судьям широкого профиля применение закона к фактам. Но оба подхода вызвали резкую критику. Например, толкование претензии считается юридическим вопросом. В результате, суд первой инстанции будет толковать претензию, разбирать остальную часть дела, и приходить к окончательному решению только затем, чтобы обнаружить, что Апелляционный суд Федерального

в отношении апелляций на решения региональных судов по всем патентным спорам и некоторым случаям деликта, предъявленных против Соединенных Штатов; на решения Федерального апелляционного суда и суда по международной торговле; на некоторые решения Комиссии по международной торговле; на решения Merit Systems Protection Board; на определенные решения о налогах, принятые судами в зоне Панамского канала, Гуама, Виргинских островов и Северных Марианских островов; на разрешения споров в соответствии с Законом о спорах по контрактам и на различные экономические меры, включая Расписание согласования тарифов, Закон об экономической стабилизации, Закон о распределении нефти в случае чрезвычайных обстоятельств, Закон о национальной газовой политике и Закон о политике по сохранению энергии, и о действиях отдельных ведомств при Федеральном управлении по трудовым отношениям, Закон о патентах и Закон Ланхама (Закон о торговых марках). См. также: Рошель Дрейфус (Rochelle C Dreyfuss)/ Апелляционный суд Федерального округа: практические примеры из специализированных судов» ('The Federal Circuit: A Дело Study in Specialized Courts'). 1989. 64 New York University Law Review 1. 1989.

517 См. 28 Кодекс законов США, § 1295 (предусматривающие юрисдикцию

округа отменил толкование претензии. В этот момент все дело, возможно, придется рассматривать повторно. Кроме того, многие из четких правил Апелляционного суда Федерального округа были отменены Верховным судом как слишком жесткие.⁵¹⁸

Возможно, было бы лучше создать экспертные суды первой инстанции. Направление всех дел в единый ряд судов первой инстанции дало бы судей, которые с большей легкостью читают технические материалы. При лучшем знакомстве с сокровенными правилами патентного права, эти судьи стали бы с большей вероятностью принимать точные фактические решения. В самом деле, некоторые страны проводят эксперименты с экспертизой на уровне суда. В некоторой степени, Соединенные Штаты тоже. Новая экспериментальная программа позволяет каждому суду первой инстанции назначать судей для рассмотрения патентных дел.⁵¹⁹ Дела будут распределяться среди судей суда случайным образом, но любой судья, получивший патентное дело, может попросить передать его назначенному судье. К настоящему времени, судьи в четырнадцати окружных судах добровольно вызвались стать назначенными судьями. Еще предстоит выяснить, сколько случаев они рассмотрят, какими экспертами они станут, и станет ли Апелляционный суд Федерального округа менее склонен пересматривать их решения.

Второй пункт критики Апелляционного суда Федерального округа состоит в том, что он придает слишком большое значение патентам как средству содействия инновациям. Как отмечалось выше, суд обладает юрисдикцией в отношении вопросов, кроме патентного права. Однако, он не рассматривает почти ни одного дела по закону о конкуренции или дел, подпадающих под другие законы об интеллектуальной собственности. Из-за того, что он имеет склонность рассматривать патенты в качестве единственного средства содействия изобретениям, его решения в значительной степени расширили прерогативы патентодержателей за счет общественности, включая конкурентов. Трудно сказать, является ли эта проблема обоснованной, но, похоже, Верховный суд думает так. В последние годы он ускорил рассмотрение дел Апелляционного суда Федерального округа и по большей части он пересмотрел или иным образом изменил решения Апелляционного суда Федерального округа.. Как описано в части II, он неоднократно отменял определение Апелляционного суда Федерального округа о том, что представляет собой патентуемый объект,⁵²⁰

он повысил уровень изобретения,⁵²¹ подчеркнул справедливый характер судебного запрета,⁵²² и расширил доктрину исчерпания патентных прав.⁵²³ Он также расширил исключение для исследования Болар, чтобы покрыть некоторые доклинические работы⁵²⁴ и расширил право оспаривать юридическую силу патента.⁵²⁵ Конечно, не исключено, что Верховный суд, который состоит из судей широкого профиля, примет неправильные решения, а специалисты Апелляционного суда Федерального округа будут правы. По этой причине, некоторые страны рассматривают вопрос о специализации как на уровне судов первой инстанции, так и на апелляционном уровне. Тем не менее, любая система, которая рассматривает конкуренцию как сильный мотиватор для инноваций, должна учитывать опыт Апелляционного суда Федерального округа и опасаться чрезмерной специализации.

РЕЗЮМЕ. В конце концов, может быть, лучший вариант – оставить в покое правовую экспертизу (полномочия толковать патентное право) в патентном бюро, полагаться на специализированные суды первой инстанции с техническим опытом по реализации закона в конкретных случаях, и разрешить пересмотр апелляционными судами широкого профиля. Апелляционный суд был бы весьма почтительным по отношению к правилам патентного бюро, но сможет рассмотреть, как патентное право взаимодействует с политикой в области конкуренции, общественных интересов и инновационной политики, которые вытекают из других правовых режимов.

В. Улучшение взаимодействия между конкурентным законодательством и законодательством в области прав интеллектуальной собственности

Существуют различные способы, чтобы улучшить взаимодействие между конкурентным законодательством и законодательством в области ИС.

Во-первых, с материально-правовой точки зрения закона можно представить себе некоторое перекрестное опыление между двумя полями. Закон о конкуренции может усвоить ценности ИС, такие как развитие стимулов к инновациям в правоприменении

518 Рошель Дрейфус (Rochelle C. Dreyfuss). «Что Апелляционный суд Федерального округа может узнать из Верховного суда и наоборот ('What the Federal Circuit Can Learn From the Supreme Court—and Vice Versa')». 2010. 59. American University Law Review 787.

519 Суды Соединенных Штатов, Новости Третьего отделения, Районные суды, выбранные для пилотной программы по патентам (7 июня 2011) находится по адресу http://www.uscourts.gov/News/News-View/11-06-07/District_Courts_Selected_for_Patent_Pilot_Program.aspx обращение 28 апреля 2013 г.

520 Mayo Collaborative Services против Prometheus Laboratories, Inc., 132 S.Ct. 1289 (2012); Bilski против Kappos, 130 S.Ct. 3218 (2010).

521 KSR Int'l Co. против Teleflex Inc., 550 U.S. 398 (2007).

522 eBay, Inc. против MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006).

523 Quanta Computer, Inc. против LG Electronics, 553 U.S. 617 (2008).

524 Merck KGaA против Integra Lifesciences I, Ltd., 545 U.S. 193 (2005).

525 MedImmune, Inc. против Genentech, Inc., 549 U.S. 118 (2007).

конкурентного права. Необходимость для конкурентного права двигаться в сторону более динамического анализа, который фокусируется на инновациях, а не на статической эффективности распределения ресурсов, включает мнение, что обе дисциплины должны найти некоторые точки соприкосновения, хотя для антимонопольных органов отправной точкой остается предположение, что конкуренция способствует росту и инновациям.⁵²⁶ Законодательство в области прав интеллектуальной собственности может также перенять ценности конкурентного права, сосредоточив внимание на доступе и распространении информации. Ранее мы уже рассматривали различные теории права интеллектуальной собственности, позволяющие принять во внимание проблемы доступа и распространения информации (например, исключение экспериментального использования, декомпиляция компонентов программных продуктов, обязательное лицензирование, доктрина патентных злоупотреблений). В недавнем докладе Федеральная торговая комиссия США также предложила возможность для Бюро по патентам и товарным знакам (PTO) «рассматривать возможный вред для конкуренции, наряду с другими возможными выгодами и издержками, прежде чем расширять сферу патентоспособных объектов».⁵²⁷ В докладе также отмечается необходимость расширения учета экономического обучения и проблем политики в области конкуренции при принятии решений в области патентного права. Эти рекомендации настаивают на важности междисциплинарных связей между правом ИС и конкурентным правом и подтверждают тезис о том, что интеллектуальная собственность и конкурентное право становятся «единым полем».⁵²⁸

Интеграция обучения социальным наукам / экономике в принятии решений и вынесении судебных решений в области прав ИС, однако, остается относительно несущественным вопросом, по сравнению с конкурентным правом. В США Бюро по патентам и товарным знакам не располагает нормотворческими полномочиями по вопросам патентоспособности, его полномочия ограничиваются лишь рассмотрением споров о сфере действия патента. Конечно, в 2011 году Закон «Америка Изобретает» предоставил Бюро по патентам и товарным знакам США также возможность проводить процедуры пересмотра решения после выдачи патента, доступные в течение ограниченного периода в девять

месяцев после выдачи или переоформления патента, которые находятся под контролем Совета по патентным судам и апелляциям, но не возложил на него каких-либо нормотворческих полномочий. Суды, в частности Апелляционный суд Федерального округа, в целом рассматриваются как основной институт формирования патентной политики в США.⁵²⁹ Тем не менее, как Бюро по патентам и товарным знакам США, так и Апелляционному суду Федерального округа не хватает экономических знаний и они не в состоянии, в нынешних условиях, выполнять сложный экономический анализ влияния их деятельности на инновации, производительность и благосостояние. В ответ на эту обеспокоенность отсутствием экономической экспертизы, Бюро по патентам и товарным знакам США создало в марте 2010 года Управление главного экономиста (ОСЕ), в функции которого входит инициирование и надзор за экономическим анализом в области охраны и правоприменения интеллектуальной собственности и для подпитки консультативной роли Бюро по патентам и товарным знакам для Президента (через Министра торговли) и Администрации, предоставляя консультации по вопросам экономики прав интеллектуальной собственности.⁵³⁰ Исследовательская программа, созданная для первого Главного экономиста, была связана с макроэкономическими исследованиями о взаимосвязи между экономическим ростом, производительностью и занятостью, вопросами прав ИС в контексте разработки стандартов, экономикой товарных знаков, экономикой процедур Бюро по патентам и товарным знакам и ролью прав ИС на рынках технологий и знаний. Отчет «Интеллектуальная собственность и экономика США», с акцентом на конкретные отрасли с интенсивной ролью прав ИС, был опубликован в марте 2012 года.⁵³¹ Однако, неясно, будет ли должность Главного экономиста в Бюро по патентам и товарным знакам США развиваться в более постоянную позицию с более экспансивной ролью и вмешательством в судебный процесс. Эта нехватка экономического анализа контрастирует с очень активной ролью экономистов в академических дебатах по поводу экономического анализа прав ИС.

В Европе интеграция экономической экспертизы кажется более продвинутой, по крайней мере на институциональном уровне. Европейское патентное ведомство (EPO) учредило должность главного экономиста уже в 2004 году. Главный экономист

526 См.: Управление внешней торговли 1390, Конкуренция и экономический рост (ноябрь 2011 г.) (отмечая «широкий спектр» эмпирических исследований, посвященных изучению связи между конкуренцией, инновациями и производительностью, что позволило установить, в целом, положительные отношения между этими тремя и на микроуровне, с огромным числом примеров положительного влияния конкретных мероприятий конкуренции на цены, выбор и инновации).

527 Федеральная торговая комиссия США. «Для продвижения инноваций: правильный баланс конкурентного и патентного права и политики (октябрь 2003 г.) находится по адресу <<http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>> последнее обращение 28 апреля 2013 г. Рекомендации 6 и 10.

528 В.К.Том и Дж.А.Ньюберг (W. K. Tom & J. A. Newberg). «Антимонопольное право и интеллектуальная собственность: от отдельных сфер к единому полю». 1997. 66 // Журнал «Антимонопольное право». 167.

529 А.Рэй (A. Rai). Действительность патента в органах исполнительной власти: Ex ante основы для развития политики («Patent Validity Across the Executive Branch: Ex Ante Foundations for Policy Development»). 2012. 61 // Duke Law Journal 101 (отметив также все более важное участие Верховного суда в этой области); Рошель Дрейфус (Rochelle C. Dreyfuss). «Что Апелляционный суд Федерального округа может узнать из Верховного суда и наоборот?» («What the Federal Circuit Can Learn From the Supreme Court—and Vice Versa») (см сноску 518).

530 См.: <<http://www.uspto.gov/ip/officechiefecon/>> последнее обращение 28 апреля 2013 г..

531 См.: <http://www.uspto.gov/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf> (в отчете используются стандартные статистические методы для определения того, какие отрасли промышленности США являются наиболее емкими в отношении патентов, товарных знаков, авторских прав, и определяет это подмножество отраслей как «ИС-интенсивные»).

является исполнительным секретарем Экономического и научно-консультативного совета Европейского патентного ведомства (ESAB), учреждения, созданного в 2011 году и состоящего из 11 патентных экспертов (смесь экономистов, социологов и практиков) из разных стран мира, которые назначаются сроком на три года.⁵³² Совет консультирует Европейское патентное ведомство относительно области и структуры соответствующих экономических и социальных исследований, дает информацию о проектах, связанных с исследованиями, и оценивает их воздействие. Одним из первых исследований, опубликованных Экономическим и научно-консультативным советом, например, было изучение «патентных чащоб», вопроса, который вызывает серьезную озабоченность и для конкурентного права, как мы уже объясняли. Ожидается также, что Совет будет обеспечивать «сигналы раннего предупреждения» по чувствительным событиям и проблемам, и будет работать в качестве площадки для обсуждения роли патентов (патентных заявок) на ранней стадии инновационного процесса и во время процедуры подачи заявок в Европейское патентное ведомство, вопросов управления патентной системой и экономических и социальных вопросов, связанных с влиянием патентов после выдачи патента, например, «в вопросах конкуренции». Первые два главных экономиста Европейского патентного ведомства также опубликовали одну из немногих книг в Европе по экономическому анализу европейской патентной системы, в том числе, с точки зрения конкуренции.⁵³³

В Великобритании в докладе Харгривза (Hargreaves) было отмечено, что отсутствие экономического анализа являлось одним из основных источников провала государственной политики в этой области и отсутствия научно обоснованной политики, о чем также часто говорилось в прошлом в других обзорах системы ИС в Великобритании.⁵³⁴ В ответ на предложения, сделанные в 2006 году в обзоре Гауэрса, правительство Великобритании ввело в действие в 2008 году Стратегический консультативный совет по интеллектуальной собственности (SABIP) с целью надзора за рядом научно-исследовательских проектов по темам политики в области прав ИС. Тем не менее, Стратегический консультативный совет по интеллектуальной собственности не был частью Бюро

по правам интеллектуальной собственности (IPO) и не участвовал в основном процессе политики в области прав ИС в какой-либо области, что привело в результате к его расформированию в 2010 году.⁵³⁵ Следствием доклада Гауэрса также было назначение первого Главного экономиста Бюро по правам интеллектуальной собственности в 2008 году и развитие блока экономистов по ИС [экономика, научные исследования и фактические доказательства (ERE)], к которым были присоединены специалисты по политическим вопросам, ранее работавшие на Стратегический консультативный совет по интеллектуальной собственности, таким образом, переключив внимание на экономические аспекты ИС.

Доклад Харгривза также включал ряд рекомендаций с целью «расширить кругозор Бюро по правам интеллектуальной собственности» и основывать принятие решений Бюро по правам интеллектуальной собственности на доказательствах и обязательство «должным образом учитывать влияние системы ИС на инновации и рост».⁵³⁶ В докладе Харгривза рекомендовалось провести законодательные изменения, чтобы добавить новые функции для Бюро по правам интеллектуальной собственности, включая (I) «обязанность держать в поле зрения влияние ИС и ПИС, и рыночные позиции, основанные на интеллектуальной собственности, на инновациях и росте, в том числе неблагоприятное воздействие на конкуренцию и конкурентные стимулы для роста, и ежегодно представлять отчет (II) полномочия по подготовке разовых отчетов по конкретным областям или случаям, когда, как представляется, был нанесен ущерб конкуренции и благосостоянию потребителей (III) полномочия требовать информацию, чтобы поддержать осуществление этих функций отчетности (IV) полномочия давать рекомендации органам по вопросам конкуренции, и финансировать исследования, которые могут проводить органы по вопросам конкуренции в результате этих рекомендаций, тем самым повторно используя доход от сборов, уплаченных правообладателями, в интересах поддержания здоровых и эффективных рынков, а также обслуживания потребностей правообладателей и заявителей».⁵³⁷

После доклада Харгривза Бюро по правам интеллектуальной собственности было также предложено представлять ежегодный отчет о том, насколько его деятельность способствовала инновациям и экономическому росту, и, во-вторых, улучшить его доказательную базу для принятия политических решений, с учетом его нормотворческих функций и в частности, подготовить оценки воздействия, выражающие количественно, если это возможно, затраты на изменения в политике, и включить в опубликованные оценки воздействия краткое сообщение о воздействии планируемой политики на инновации и

532 См., <http://www.epo.org/about-us/office/esab.html> последнее обращение 28 апреля 2013 г.

533 Доминик Квеллек (Dominique Guellec) и Бруно ванн Поттелсберге де ла Поттери (Bruno van Pottelsberghe de la Potterie), Экономика европейской патентной системы: политика ИС для инноваций и конкуренции ('The Economics of the European Patent System: IP policy for innovation and competition'), Oxford University Press. 2007.

534 Харгривз (Hargreaves) (см сноску 20), с. 91, «даже если законодательство об ИС ясное, оно слишком редко основано на доказательствах или направлено на учет экономических приоритетов. Это представляет собой провал государственной политики» и на с. 92, отметил, что обзор банков в 1970-х годах «выявил отсутствие доказательств для поддержки суждений о политике» и что «тридцать лет спустя, обзор Гауэрса в 2006 году высказал такое же мнение», заключив, что «наши институциональные рамки, кажется, оказались не в состоянии обеспечить себя, чтобы вести политику на основе фактических эффективно».

535 Там же, с. 92.

536 Там же, с. 95.

537 Там же.

экономический рост.⁵³⁸ Еще предстоит выяснить, как эти дополнительные требования повлияют на деятельность Бюро по правам интеллектуальной собственности и интеграцию экономического обучения. Для сравнения, интеграция социальных научных исследований и экономической экспертизы особенно развита в области конкурентного права. В США значительная часть сотрудников Антимонопольного отдела Департамента юстиции и Федеральная торговая комиссия имеют в своем распоряжении экономическую экспертизу, а экономисты имеют заметное присутствие как в судебной, так и в нормотворческой функциях органов власти. В Федеральной торговой комиссии, Бюро экономики обеспечивает экономический анализ и поддержку расследований и разработки нормативных положений антимонопольного законодательства и защиты прав потребителей. В ЕС в 2003 году было создано Бюро главного экономиста по конкуренции (ССЕ), которое включает команду специализированных экономистов, возглавляемых главным экономистом, который назначается Европейской комиссией. Бюро главного экономиста по конкуренции выполняет «функции поддержки», участвуя в расследованиях по вопросам конкуренции и обеспечивая экономическое руководство и «методическую помощь», но также и осуществляет функцию «сдержек и противовесов», предоставляя руководителю Комиссии «независимое мнение» до подачи любых предложений об окончательном решении в Коллегию Комиссии.⁵³⁹ Главный экономист также координирует работу Экономической консультативной группы по конкурентной политике (EAGCP), которая объединяет ряд ученых-экономистов с признанной репутацией в области организации промышленного производства, выдвигаемых главным экономистом и назначаемых Комиссаром. Экономическая консультативная группа по конкурентной политике готовит заключения по планируемым пересмотрам политики и правил законодательства ЕС о конкуренции. Назначение Комиссией главного экономиста отражает его способность реагировать на изменения в интеллектуальном климате и экономической теории. Многие национальные конкурентные ведомства последовали тем же путем, назначив главных экономистов и создав специальные бюро экономики, либо интегрировав экономистов в команды по расследованию разных дел.

538 БИС, Роль Бюро интеллектуальной собственности (IPO), (The Role of the Intellectual Property Office) (июль 2012 г.) находится по адресу <<http://www.ipo.gov.uk/hargreaves-roleofipo.pdf>>; Бюро интеллектуальной собственности (IPO), Ответ на неофициальные консультации о роли ведомства интеллектуальной собственности (март 2013 г.) (IPO, Response to the Informal Consultation on the Role of the Intellectual Property Office, March 2013) находится по адресу <<http://www.ipo.gov.uk/response-2013-roleipo.pdf>> последнее обращение 28 апреля 2013 г..

539 Ларс Хендрик Рёллер (Lars Hendrik Röller) и Пьер Бюгес (Pierre A. Buigues). «Управление главного экономиста по конкуренции в Европейской комиссии» ('The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission', May 2005'); находится по адресу <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/officechiefecon_ec.pdf>, последнее обращение 28 апреля 2013 г.

Аналогичную тенденцию к большей роли экономического анализа в ведомствах по ИС можно наблюдать в других юрисдикциях. Имеются также экономисты в INPI Бразилии, IP Австралии, в Канадском бюро, ОНМ, наблюдательном органе, включающем экономистов, в INPI Франции, Швейцарском бюро по ИС и даже в CIPO в Китае. Кроме того, бюро в Японии и Германии имеют тесные связи с научными учреждениями, которые являются почти столь же эффективными с точки зрения влияния. WIPO (ВОИС, Всемирная организация по охране интеллектуальной собственности) также недавно усилила свои возможности как в экономике, так и в статистике.

Общий акцент на экономическое воздействие каждой политики на благосостояние и инновации может уменьшить напряженность между этими двумя областями права. Тем не менее, существуют ограничения относительно того, что экономический анализ может предложить для развития согласованного подхода к инновациям в обеих областях. Система ИС опирается на единый набор правил, которые применяются во всех отраслях промышленности с относительно незначительными отклонениями, что является результатом курса на ограничение административных расходов и обеспечение экономии, за счет более общего для всех правил характера.⁵⁴⁰ Определение оптимального объема имущественных прав в зависимости от конкретного случая, с учетом его возможного влияния на инновации и благосостояние, может в значительной степени превышать возможности государственных органов, отвечающих за развитие права интеллектуальной собственности, и может быть чрезвычайно дорогостоящим, из-за числа патентных заявок (в качестве примера) и ограниченной информации, имеющейся в их распоряжении на момент выдачи патента. Эмпирические исследования влияния различных прав ИС на уровень инноваций в отрасли ограничены и не всегда убедительны. Лучшее, что можно сделать в нынешних институциональных условиях – это предпринять усилия по интеграции экономического анализа в структуру оптимальных режимов и правил законодательства по интеллектуальной собственности, а не заниматься определением и интерпретацией стандартов патентоспособности, как это было предложено Федеральной торговой комиссией. В то же время, вопросы, находящиеся в центре внимания экономического анализа, могут быть различными для бюро интеллектуальной собственности и для антимонопольного государственного органа. Хотя государственные органы, отвечающие за развитие права интеллектуальной собственности, все больше признают важность динамического анализа и цели инноваций, они не могут полностью отказаться от статического анализа последствий этой политики для

540 Кристина Боханнан (Christina Bohannan) и Герберт Ховенкамп (Herbert Hovenkamp). Творение без ограничений: содействие свободе и соперничеству в области инноваций ('Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation'). Oxford University Press, 2012. С. 341.

потребителей, причем последнее считается особенно важным, если целью конкурентного права является защита потребителей от перераспределения денег, при отсутствии компенсирующих качественных изменений эффективности.⁵⁴¹ Ведомства, отвечающие за конкурентное законодательство и защиту прав интеллектуальной собственности, имеют в своем распоряжении различные типы экспертных знаний и функций, которые тем не менее дополняют друг друга, поскольку они позволяют добиться динамической эффективности при минимальных задержках для эффективности распределения ресурсов. Таким образом, имеются причины, чтобы избежать любого значительного дублирования задач между законодательством о конкуренции и государственными органами, отвечающими за развитие права интеллектуальной собственности. Тем не менее, имела место дискуссия по интеграции различных функций в одном агентстве или разработке всеобъемлющего бюро инновационной политики, которое бы координировало инновационную политику между различными государственными бюро и регулирующими органами (например, Управление инновационной политики).⁵⁴² Есть некоторые примеры интеграции применения законодательства по защите прав интеллектуальной собственности и конкурентного права в одном органе власти (например INDECOPI в Перу, однако, это не касается присуждения прав ИС).

Во-вторых, можно выбрать институциональный подход, при котором основное внимание будет уделено развитию «междисциплинарных связей» между антимонопольными органами и ведомствами по защите прав ИС,⁵⁴³ а также и между органами исполнительной власти и судебной системой. Отчетливо видно, что в США и Министерство юстиции, и Федеральная торговая комиссия были особенно активными в области прав интеллектуальной собственности. Тем не менее, в последние годы наблюдается расширение сотрудничества между Антимонопольным отделом Министерства юстиции, Федеральной торговой комиссией и Бюро по патентам и товарным знакам. Во-первых, в 2010 году этими учреждениями был организован совместный рабочий семинар по содействию инновациям. Во-вторых,

Антимонопольный отдел Министерства юстиции и Бюро по патентам и товарным знакам скоординировали свои действия в отношении необходимых для стандарта патентов, приняв в январе 2013 года совместное заявление о политике в отношении средств судебной защиты для необходимых для стандарта патентов, при условии добровольного обязательства на условиях F/RAND расследовать, правильно ли вынесен судебный запрет или судебное решение о лишении прав в расследованиях Комиссии по международной торговле, когда патентообладатель отстаивает право на необходимые для стандарта патенты, которые обременены обязательством по лицензированию на условиях F/RAND, утверждая, что подходящим средством судебной защиты от нарушения является денежная компенсация, а не судебный запрет или решение о лишении прав.⁵⁴⁴ Были также предложения о реструктуризации отношений между различными учреждениями инновационной политики и организации частых предварительных (ex ante) консультаций между Бюро по патентам и товарным знакам и Министерством юстиции/Федеральной торговой комиссией.⁵⁴⁵

Иллюстрацией этого сотрудничества является то, что Европейское патентное ведомство представило свои замечания для Исследования фармацевтического сектора, проводимого Европейской комиссией,⁵⁴⁶ в котором Европейская комиссия подробно прокомментировала процедуры Европейского патентного ведомства и предлагала изменения. Интересный институциональный эксперимент появился в результате доклада Харгривза в Великобритании, подчеркивающего важность конкуренции как необходимого условия для инноваций, предпринимательства и экономического роста. Учитывая важную роль конкуренции, в докладе Харгривза предлагалось возложить новые функции на бюро по защите интеллектуальной собственности в этой области, но это предложение было отклонено правительством, так как это поставило бы под угрозу независимость органа по вопросам конкуренции. Однако антимонопольное ведомство в Великобритании (Управление по добросовестной торговле, OFT) согласилось в 2012 году подписать необязательный Меморандум о взаимопонимании (МОВ) с Бюро по защите интеллектуальной собственности, создающий основу для укрепления сотрудничества.⁵⁴⁷ Особенности этого

541 Аналогичную точку зрения, с учетом того, что цель защиты потребителей является целью распространения правосудия (справедливости), которая может войти в противоречие с интеллектуальной собственностью в некоторых обстоятельствах, см. Даниэль Фарбер (Daniel A Farber) и Бретт МакДоннелл (Brett McDonnell). «Почему (и как) взаимодействуют вопросы справедливости и ИС/Антимонопольное законодательство» ('Why (and How) Fairness Matters at the IP/Antitrust Interface'). 2003. 87 Minnesota Law Review, 1817.

542 Стюарт Бенджамин (Stuart M Benjamin) и Арти Рай (Arti K Rai). «Укрепление инновационной политики: структурный аспект» ('Fixing Innovation Policy: A Structural Perspective'). 2008. 77(1) The George Washington Law Review 1.

543 См. также Вильям Ковачич (William E Kovacic). «Конкурентная политика и интеллектуальная собственность: пересмотр роли органов по вопросам конкуренции» ('Competition Policy and Intellectual Property: Redefining the Role of Competition Agencies') // Левек (Lévêque) и Шелански (Shelanski) (ред) (см. сноску 127) 1, 9 (выступает за «развитие новых сетей сотрудничества, в которых органы по вопросам конкуренции работают со смежными государственными учреждениями, такими, как органы по выдаче прав, для изучения взаимодействия этих регуляторных режимов»).

544 Министерство юстиции США и Бюро по патентам и товарным знакам США. «Заявление о политике в отношении средств судебной защиты необходимых для стандарта патентов при условии наличия добровольных обязательств F/RAND» ('Policy Statement on Remedies for Standard-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments'). 8 января 2013 г.) находится по адресу <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/290994.pdf>> последнее обращение 28 апреля 2013 г..

545 Арти Рай (Arti K Rai), (см. сноску 529), С. 154.

546 См.: Предварительный доклад Европейской комиссии по изучению фармацевтического сектора – комментарии от Европейского патентного ведомства (European Commission Pharmaceutical Sector Inquiry Preliminary Report –Comments from the EPO). 28 ноября 2008 г.; находится по адресу <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_pharma/european_patent_office.pdf> последнее обращение 28 апреля 2013 г..

547 Меморандум о взаимопонимании между Бюро интеллектуальной собственности и Управлением по добросовестной торговле (Memorandum of Understanding between the Intellectual Property Office and the Of-

Меморандума о взаимопонимании являются положения об обмене информацией по конкретным претензиям, по предложениям политики или по разработке политики и регулирования, оказывающих влияние на ИС и конкуренцию, об общих пропагандистских кампаниях, о регулярных встречах (по крайней мере ежеквартально, для обсуждения вопросов, представляющих общий интерес) и о процедурах Бюро по защите интеллектуальной собственности для обращения в Управление по добросовестной торговле (OFT) в случаях, когда оно считает, что имеются проблемы в вопросах конкуренции. Назначение специальных сотрудников, отвечающих за взаимодействие между конкурентным правом и правами интеллектуальной собственности в различных органах власти, может также укрепить сотрудничество и взаимопонимание.⁵⁴⁸

Важно расширять и углублять это сотрудничество путем создания сети органов по вопросам конкуренции и бюро по защите интеллектуальной собственности на региональном уровне или в глобальном масштабе. Еще важнее, чтобы судебная власть не была оставлена без внимания, ввиду доминирующей роли, которую она играет в интерпретации стандартов для использования защиты интеллектуальной собственности и в разработке адекватных средств правовой защиты в случае нарушения прав интеллектуальной собственности. В настоящее время есть только некоторые механизмы для налаживания сотрудничества между Департаментом по конкуренции в Европейской комиссии и национальными судами различных государств-членов ЕС (предположительно, включая лиц, ответственных за споры по правам ИС).⁵⁴⁹ Учебные программы для судей могут также служить повышению их экономических знаний, а также знаний в области основ конкурентного законодательства и права ИС.

РЕЗЮМЕ. Включение вклада социальных наук (в частности, экономики) в право ИС является одной из важнейших, но весьма сложной задачей, которая в конечном счете может привести к снижению напряженности между правом ИС и конкурентным правом. Разработка политики на основе фактических данных как в области прав ИС, так и в области конкурентного права, может также заложить основу для более интенсивного сотрудничества между органами по вопросам конкуренции и бюро по защите прав ИС.

Office of Fair Trading). Июль 2012; находится по адресу <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/MoUs/IPO.pdf>, последнее обращение 28 апреля 2013 г.

⁵⁴⁸ См., например, создание отдела по ИС и конкурентной политике в Управлении по инновациям Бюро интеллектуальной собственности в Великобритании, или создание отделов по ИС и инновационно-ориентированной политике в органах по вопросам конкуренции.

⁵⁴⁹ Например, Статья 15 Регламента 1/2003 о приведении в исполнение правил ЕС о конкуренции предусматривает, что Европейская комиссия (Генеральный директорат по вопросам конкуренции) может передавать информацию в национальные суды, высказывать свое мнение по вопросам, касающимся применения правил ЕС по конкуренции, представлять свои замечания в национальные суды в качестве консультанта суда (*amicus curiae*), при этом национальные суды обязаны представлять в Комиссию копии своих решений, затрагивающих вопросы конкуренции.

VI. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Пересечение конкурентного законодательства и законодательства в области прав ИС приводит к появлению сложных компромиссов между стимулами для инноваций и распространением инноваций, статической и динамической эффективностью, общим благосостоянием и благосостоянием потребителей, и к трудному выбору между правилами и стандартами, общими правилами в сравнении со специальными правовыми режимами в области прав ИС, подходами «до события» (*ex ante*) и «после события» (*ex post*). Взаимодействие права ИС с экономически-ориентированным конкурентным правом привело также к усилиям по переосмыслению этой области права с экономической точки зрения, в течение длительного времени отсутствовавшей в повседневной деятельности ведомств по защите ИС и судов по толкованию и определению границ ИС в различных секторах экономики. Патентное право является, конечно, областью, предрасположенной к этому более экономическому подходу, по мере роста числа экономических и эмпирических исследований, посвященных изучению реальных последствий предоставленных прав ИС для инноваций и благосостояния.⁵⁵⁰ С этой точки зрения, диалектическая связь между этими двумя дисциплинами предоставила возможность для пересмотра концепции прав ИС и аналогии с имущественным правом, которая в течение длительного времени служила объединяющим контекстом для этой области права.

Эта трансформация законодательства об ИС видна в том, как классическое противопоставление в законодательстве и экономической литературе норм собственности и норм ответственности получило распространение, для того, чтобы объяснить частые ограничения, накладываемые на владельцев ИС в отношении их прав запрещать другим использовать их изобретения и пожинать плоды их инвестиций, путем получения важной компенсации в виде роялти.⁵⁵¹ Когда аналогия с имущественным правом была оспорена, оказалось, что связь между нормами собственности и нормами ответственности для защиты информации образует континуум: «Когда

новатор вынужден предоставлять лицензию на свои инновационные технологии, защита, предоставляемая ему, понижается с норм собственности на нормы ответственности.»⁵⁵² Акцент на кумулятивный характер инноваций способствует этому переосмыслению прав ИС между этими двумя полюсами. Что еще более важно, противопоставление норм собственности и норм ответственности может обеспечить объединяющую теоретическую основу для анализа влияния различных форм защиты инноваций для правообладателей ИС. На одной стороне континуума, патенты дают возможность держателям ИС исключить имитацию и копирование путем присуждения исключительного права запрещать другим использование и коммерциализацию изобретения, даже если нарушитель дублировал изобретение за счет собственных усилий. На другой стороне спектра - коммерческая тайна, которая не защищает изобретателей от независимых открытий и дублирования через обратный инжиниринг. Авторское право защищает выражение идеи, следовательно, не исключает параллельной разработки изобретения, хотя «оно имеет тенденцию накладывать ограничения на обратный инжиниринг («обход цифровых замков»).»⁵⁵³

Эти многообразные усилия по осмыслению различных форм прав ИС обозначают задачу построения теоретической основы, которая принимает во внимание, что инновационный процесс включает не только этап автономных изобретений, но также и этапы кумулятивной инновации, распространения и коммерциализации в интересах потребителей и общества в целом. Традиционная концепция прав ИС как имущественного права не может обеспечить точное описание инновационного процесса и может привести к преимуществам некоторых действующих лиц этого процесса в ущерб другим.

Может возникнуть соблазн рассматривать право ИС как форму регулирования: права ИС налагают обязательства на третьих лиц не вследствие контракта, гражданского правонарушения или добровольного обмена, но из-за прямого вмешательства органов власти, направленного на стимулирование конкретных видов деятельности для содействия общему благосостоянию.⁵⁵⁴ Наделяя имущественными правами идеи, правительство не только стремится содействовать рыночным сделкам, как это имеет место для физических прав собственности, но и исправлять недостатки рынка, которые в данном

550 См., например: Мишель Болдрин (Michele Boldrin) и Дэвид Левайн (David K Levine). «Дело против патентов» ("The Case Against Patents"). Сентябрь 2012 г. Рабочие документы Федерального резервного банка в Сент-Луисе (Federal Reserve Bank of St Louis Working Paper). 2012-035A находится по адресу <<http://www.research.stlouisfed.org/wp/2012/2012-035.pdf>> обращение 28 апреля 2013 г.; Джеймс Бессен (James Bessen) и Майкл Мерер (Michael J Meurer). Патентный провал: как судьи, чиновники и юристы подвергают новаторов риску. *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk*. Princeton University Press, 2009; Квеллек (Guellec) и ван Поттельсберге де ла Поттери (van Pottelsberghe de la Potterie) (см. сноску 533); Яффе (Jaffe) и Лернер (Lerner) (см. сноску 136); Сюзанн Скроммер (Suzanne Scotchmer). *Инновации и стимулы (Innovation and Incentives)*. MIT Press. 2004.

551 Гвидо Калабреззи (Guido Calabresi) и А.Дуглас Меламед (A Douglas Melamed). Права собственности, нормы ответственности и неотчуждаемость: вид на собор ("Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral"). 1972. 85(6). *Harvard Law Review* 1089; Марк Лемли (Mark A Lemley) и Фил Уайзер (Phil Weiser). Что должно регулировать информацию: права собственности или нормы ответственности? ("Should Property or Liability Rules Govern Information?"). 2007. 85. *Texas Law Review*, 783.

552 Винченцо Дениколо (Vincenzo Denicolò) и Луиджи Альберто Францони (Luigi Alberto Franzoni). Эффективное вознаграждение за инновации – дело об эксклюзивных правах. ("Rewarding Innovation Efficiently – The case for Exclusive Rights") // Манн (Manne) и Райт (Wright) (ред.). *Конкурентная политика и патентное право в условиях неопределенности: регулирование инноваций ('Competition Policy and Patent Law Under Uncertainty: Regulating Innovation')*. См. сноску 252. Cambridge University Press, 2011. 287, 289.

553 Там же, с. 290.

554 См., например: Иоаннис Лианос (Ioannis Lianos). Законодательство о конкуренции и права интеллектуальной собственности: правилен ли подход на основе прав собственности? ("Competition Law and Intellectual Property Rights: Is the Property Rights Approach Right?") // Джон Белл (John Bell) и Клэр Килпатрик (Claire Kilpatrick) (ред.). *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (Hart Publishing 2006). С. 153.

случае состоят в «иждивенчестве, которое происходит, когда инновации можно слишком легко копировать, и в соответствующем уменьшении стимула к творчеству»,⁵⁵⁵ отмечает Ховенкамп (Hovenkamp),

*«Законы ИС создают права собственности. Но это же делают и созданные государством эксклюзивные франшизы и зарегистрированные тарифы. Фактически, подробные регуляторные режимы, которые мы называем законами в области ИС, сделаны на основе очень грубых предположений об оптимальном уровне защиты – в диапазоне от срока действия патентов и авторских прав до объема патентных притязаний и добросовестного использования материала, охраняемого авторским правом. Диапазон государственных оценок, который имеет место в системе ИС, безусловно, такой же большой, как в регулировании, скажем, розничной продажи электричества или телефонной связи. Кроме того, режим ИС вряд ли застрахован от законодательного несовершенства, что и раскрывает теория общественного выбора».*⁵⁵⁶

Другие авторы критиковали теорию патентов как вознаграждения, которая «подчеркивает лишь один из аспектов патентного инструмента - компенсацию за инновации - и игнорирует роль патентов в качестве средства регулирования рынков».⁵⁵⁷ Эту же мысль высказывают Бентли и Шерман, для которых патенты являются «инструментами регулирования», используемыми правительствами для достижения экономических, а также и неэкономических целей.⁵⁵⁸ Например, патентные ведомства должны также принимать во внимание «внешние эффекты воздействия технологии на окружающую среду или здоровье».⁵⁵⁹

Кроме того, Берк и Лемли утверждают, что патентное право является регулированием, специализированным по отраслям и технологиям.⁵⁶⁰ Различные теории патента, такие как перспектива патентов, стимулы, кумулятивные инновации и механизмы защиты от неограниченного использования инновации (anti-commons) работают по-разному в соответствии с устройством конкретной отрасли.⁵⁶¹ Анализируя применение патентного права в США, Берк и Лемли выделяют несколько «политических рычагов», которые помогают патентным ведомствам и судам формулировать теории ИС, которые соответствуют потребностям кумулятивных новаторов и потребителей.⁵⁶² Существование в Европе

механизмов защиты ИС, специализированных по отраслям полупроводников, программного обеспечения, лекарственных средств и биотехнологий, может лучше проиллюстрировать этот момент.⁵⁶³

Рассмотрение ИС с точки зрения регулирования позволяет нам осмыслить взаимодействие между конкурентным законодательством и правом ИС в качестве меры измерения отношений между деятельностью правительства и конкуренцией. Если посмотреть с точки зрения общественного выбора, можно утверждать, что любая форма государственного вмешательства на рынке несет в себе риск захвата и неэффективности: есть богатая эмпирическая литература по неэффективности регулирования, специализированного по данной отрасли, но аналогичные претензии также были сделаны в отношении закона о конкуренции.⁵⁶⁴ Бремя доказывания возлагается на государство, которое устанавливает необходимость своего вмешательства через законы о конкуренции или через предоставление исключительного права, в данном случае - права ИС для целей инновации, и стандарт доказывания установлен высоко, исходя из предположения, что механизм самокоррекции рынка будет заботиться о любой возможной неудаче, при отсутствии государственного вмешательства. Такой подход приводит по существу к подчинению государственного вмешательства более строгим оценкам воздействия на конкуренцию, чем частные действия, так как по сути монолитный (и монопольный) характер государственного вмешательства больше отходит от оптимальных конкурентных рынков (и стандарта совершенной конкуренции), чем даже концентрированные частные рыночные структуры. Тем не менее, ясно также, что с этой точки зрения область, оставленная законам о конкуренции по сравнению с другими формами государственного вмешательства, такими, как законы о правах интеллектуальной собственности, остается вопросом, открытым для переговоров, причем переговоров в соответствии с правилами инструментов общения экономики благосостояния.

В результате, благодаря более широкому использованию экономики в государственной политике, ведомства/органы власти, отвечающие за защиту ИС, видят также изменение своей роли, так как они постепенно превращаются из структуры, осуществляющей лишь

⁵⁵⁵ Ховенкамп (Hovenkamp). Антимонопольное предприятия — принципы и исполнение (The Antitrust Enterprise — Principle and Execution) (см. сноску 139). С. 228.

⁵⁵⁶ Там же, с. 337.

⁵⁵⁷ Шабба Гош (Shubba Ghosh). Патенты и регулирующее государство: переосмысление Метафоры патентной сделки после Элдред ('Patents and the Regulatory State: Rethinking the Patent Bargain Metaphor After Eldred'). 2004. 19 // Berkeley Technology Law Journal. С. 1315, 1351.

⁵⁵⁸ Лайнел Бентли (Lionel Bentley) и Брэд Шерман (Brad Sherman). Право интеллектуальной собственности. (Intellectual Property Law). 2-е изд. Oxford University Press, 2004; теперь в 3-м изд., 2008. С. 329.

⁵⁵⁹ Там же.

⁵⁶⁰ Дэн Л. Берк (Dan L. Burk) и Марк А. Лемли (Mark A. Lemley). Политические рычаги в патентном праве («Policy Levers in Patent Law»). 2003. 89 // Vanderbilt Law Review. С. 1575.

⁵⁶¹ Там же, с. 1615-1630.

⁵⁶² Там же, с. 1687-1689 (например, в то время, как это необходимо для

обеспечения широкой патентной защиты для биотехнологических и химических изобретений, «из-за их высокой стоимости и неопределенного процесса развития», это не относится к индустрии программного обеспечения).

⁵⁶³ Директива Совета 87/54/ЕЕС от 16 декабря 1986 г. о правовой охране топологий интегральных микросхем [1987] ОJ L24/36; Директива Совета 91/250/ЕЕС от 14 мая 1991 г. о правовой защите компьютерных программ [1991] ОJ L122/42 (в наст. время заменен); Регулирование Совета 1768/92/ЕЕС от 18 июня 1992 г. относительно создания дополнительного защитного сертификата на лекарственные препараты [1992] ОJ L182/1; Directive 98/44/EC (см. сноску 31).

⁵⁶⁴ Фред МакЧесны (Fred S. McChesney) и Вильям Шугарт (William F. Shughart II) (ред.). Причины и последствия антимонопольной деятельности: с точки зрения общественного выбора (The Causes and Consequences of Antitrust: the Public Choice Perspective). University of Chicago Press, 1995.

исполнительские функции, включая формальные проверки условий патентоспособности путем рассмотрения ближайшей доказательной базы (определяемой текущим уровнем техники), в более активную технократию, чаще берущую на себя задачи прогноза, сбора/обмена знаниями, с учетом влияния системы ИС на экономическую эффективность, благосостояние и инновации. Создание экономических подразделений органов защиты ИС и экономических и научно-консультативных советов иллюстрирует постепенное преобразование бюрократии защиты ИС в более регуляторную структуру. Если они будут более систематически интегрировать динамический экономический анализ в свою повседневную работу (с помощью отраслевых исследований и эмпирических работ), государственные органы по защите ИС (например, патентные ведомства) смогут развить более совершенную экспертизу, чем органы по защите конкуренции или суды, не только по инновационному характеру запатентованных технологий, но и по характеристикам и условиям в отрасли в целом. Эта эволюция в сторону более регуляторной функции системы защиты ИС, без сомнения, изменит баланс между патентными ведомствами и ведомствами защиты ИС и судами, которые пользовались доминирующей ролью в интерпретации и формулировании теории права ИС. Если эта гипотеза подтвердится, ведомства ИС смогут лучше оценивать влияние своих действий в области динамической эффективности на благосостояние, чем антимонопольные органы и суды. Если будут какие-либо иски в антимонопольный орган о вмешательстве в эту конфигурацию, то, в рамках этого подхода, это произойдет только из-за превосходящей экономической экспертизы антимонопольного органа по конкретному вопросу или потому, что он реагирует задним числом (ex post) на нарушение процедуры ИС.

Нормативный подход к ИС также позволит провести важные реформы в том, как работают патентные ведомства: во-первых, как это было показано в результате недавних реформ, проведенных в Бюро по патентам и товарным знакам, таких как пересмотр патентов после выдачи, органы защиты ИС видят расширение своих судебных полномочий, что в то же время обеспечивает дополнительную площадку ex post для оспаривания исключаящего воздействия патентов, оспаривая их юридическую действительность, таким образом, рассматривая возможные проблемы конкурентного права, которые могут возникнуть от выданного патента в системе ИС. Во-вторых, как показали дискуссии относительно наделения Бюро по патентам и товарным знакам значительными нормотворческими полномочиями при прохождении Закона «Америка изобретает», патентные ведомства потенциально могут стать центром регуляторной сети, сосредоточенной вокруг инноваций, включая конкурентные ведомства, отраслевые регуляторы (например, регулятор сектора телекоммуникаций), администрацию сектора пищевых продуктов и медикаментов, и так далее, с целью разработки согласованной инновационной политики,

которая использует все правовые документы, имеющиеся в распоряжении государства, в целях содействия инновациям в интересах потребителей и общества в целом.

Наконец, нормативный подход к ИС позволяет рассматривать напряженность между стимулами для инноваций и распространением инноваций на концептуально нейтральной теоретической основе. Законодательство и политика в области ИС имеют определенную функцию и не должны рассматриваться как аспект политики в области конкуренции.⁵⁶⁵

Пересечение законодательства в области ИС с законодательством о конкуренции привело также к пересмотру традиционной ориентации закона о конкуренции на статическую эффективность распределения ресурсов. Динамический анализ проник в анализ слияний и поглощений и все чаще рассматривается как существенный также и для конкурентного права при оценке одностороннего поведения, по крайней мере теоретически. Практически, однако, есть несколько случаев, когда конкурентное право систематически включало в себя динамический анализ и акцент на динамической эффективности. Для этого имеется много причин.

Во-первых, с институциональной точки зрения, суды рассматриваются как менее способные проводить сложный анализ, необходимый в этом контексте.⁵⁶⁶ Судебный процесс ограничивает тип доказательств, которые рассматриваются судом: они должны непосредственно относиться к предмету спора и их должны вносить стороны спора. Они не могут включать в рассмотрение влияние конкретной практики на потребителей в соответствующих смежных рынках, на будущие поколения потребителей и на широкую общественность. Антимонопольные органы, доминирующие органы правоприменения в Европе, находятся в лучшем положении, чем суды, для проведения такого рода комплексного полицентричного экономического анализа, так как они располагают собственной экономической экспертизой и полномочиями для расследования в различных отраслях экономики (через отраслевые опросы). Их участие в качестве независимых экспертов

⁵⁶⁵ См. недавнее решение суда в Объединенных делах C-274/11 и C-295/11, Испания против Совета и Италия против Совета [16 апреля 2013 г., еще не опубликовано], п. 22, об общем или эксклюзивном характере компетенции ЕС в создании единообразной патентной защиты, после инициатив некоторых государств-членов ЕС о расширении сотрудничества. Суд постановил, что соответствующее положение для создания централизованных правил ИС выходит за рамки Статей 101- 109 Договора о функционировании ЕС [конкурентные правила ЕС] и, следовательно, исключительной компетенции ЕС, отметив, что «хотя верно, что правила в области интеллектуальной собственности необходимы для поддержания конкуренции в неискаженном виде на внутреннем рынке, они не <...> представляют собой «правил конкуренции» с целью Статьи 3 (1)-(б) Договора о функционировании ЕС».

⁵⁶⁶ Джеффри Манн (Geoffrey A Manne) и Джошуа Райт (Joshua D Wright). Инновации и границы антимонопольных действий ('Innovation and the Limits of Antitrust'). 2010. 6 // Журнал «Конкурентное право и экономика» (Journal of Competition Law & Economics). С. 153.

в суде (*amicus curiae*) в судебных спорах, связанных с правами ИС, каждый раз когда возникают проблемы, затрагивающие конкурентное право, может быть эффективным способом воздействия на судебный процесс по вопросам прав ИС, для обеспечения подхода, более дружественного к конкурентному праву. Их сотрудничество с патентными и другими ведомствами ИС в рамках нормативно-правовой сети по вопросам инноваций также может усилить более систематическое рассмотрение проблем динамической эффективности в анализе законодательства в области конкуренции, в частности, если бюро прав ИС будут периодически проводить эмпирический и экономический анализ влияния патентов на уровень инноваций в различных отраслях экономики. Построение общей доказательной базы между антимонопольными органами и ведомствами ИС в результате отраслевых обследований, проводимых антимонопольными органами и ведомствами по защите ИС, которая будет питать их нормотворческие и судебные процессы, является дополнительным средством обеспечения согласованности их действий.

Во-вторых, с материально-правовой точки зрения, антимонопольные органы не распоряжаются средствами, инструментами и методами для проведения систематического динамического конкурентного анализа в каждом конкретном случае на индивидуальной основе. Власти работают в судебном контексте с жесткими сроками и ограниченным временем для принятия решений. Динамический анализ иногда добавляется после того, как антимонопольный орган завершил статический анализ, но он не был включен непосредственно в их экономический анализ конкурентной ситуации с самого начала.⁵⁶⁷ В то же время, в том, что было названо «новой экономикой», сетевые эффекты широко распространены, и в сочетании с правами интеллектуальной собственности могут нанести вред потребителям и в конечном итоге инновациям.⁵⁶⁸ Тем не менее, использование инструментов динамического и стохастического анализа эффективности не получило широкого распространения среди органов по вопросам конкуренции, и данные, необходимые для выполнения более сложного анализа,

недоступны в большинстве случаев. Доказательственное право также может создавать препятствия для представления эконометрических данных, которые являются статистическим дополнением динамической теории конкуренции.⁵⁶⁹

Таким образом, различные предположения и правила относительно выводов и заключений, применяемые в области конкурентного законодательства и права интеллектуальной собственности, действуют как второй лучший, менее дорогостоящий, но, конечно, более склонный к ошибкам, вариант для расширенного и сложного динамического экономического анализа, который существующая институциональная система и имеющиеся в ее распоряжении инструменты могут быть не готовы предоставить. Следовательно, обе дисциплины должны учитывать собственные несовершенства в своем взаимодействии друг с другом.

Тем не менее, кажется важным для обеих дисциплин принять во внимание изменяющуюся среду источников инноваций. Шумпетер подчеркивал роль предпринимателя и протвоставлял активную роль, которую она или он играет в инновационном процессе, пассивной роли потребителя.⁵⁷⁰ С его точки зрения, большинство инноваций порождаются предпринимателями. Эта точка зрения соответствует пониманию того, что главным действующим лицом в инновационном процессе является изобретатель (или в более широком смысле предприниматель), и что закон должен предусматривать правильный набор инструментов для того, чтобы расширить его или ее изобретательскую деятельность. Можно было бы сравнить этот взгляд на инновации, ставящий в центр предпринимателя/изобретателя, с возрастающей ролью инноваций, генерируемых потребителями. Как было отмечено в докладе Харгривза, акцент на услуги, а не на товары, является одной из важнейших характеристик «нового инновационного процесса:

*«услуги обычно производятся в тот момент, когда они потребляются: акт потребления, а не изобретения является координационным центром в инновационной сфере [...] Новые услуги разрабатываются с использованием «ориентированного на рынок» подхода, который часто связан с информационными базами данных, генерируемыми людьми и организациями, которые формулируют и выражают свои потребности и запросы, по мере того, как они испытывают инновации. Это иногда описывается как более демократичный подход к инновациям, когда компании испытывают различные подходы - такие как бета-версии веб-страниц - и отвечают на отклики пользователей».*⁵⁷¹

567 Джозеф Шумпетер (Joseph A Schumpeter). История экономического анализа (History of Economic Analysis) (Routledge 1986, впервые опубликовано в 1954 г.). С. 1126. Отмечая важность анализа последовательности и наблюдая в том, что касается истории экономической мысли, что «как бы важны ни были те случайные экскурсы в анализ последовательности, они оставили основную часть экономической теории на «статическом» берегу реки; что нужно сделать — это не дополнение статической теории добычей, привезенной из этих экскурсий, но заменить ее системой общей экономической динамики, в которую статика войдет как частный случай».

568 Дэниел Гиффорд (Daniel J Gifford) и Роберт Кердл (Robert T Kudrle). Антимонопольные подходы к динамически конкурентоспособным отраслям в Соединенных Штатах и Европейском Союзе (Antitrust Approaches to Dynamically Competitive Industries in the United States and the European Union). 2011. 7(3) // Журнал «Конкурентное право и экономика» (Journal of Competition Law & Economics). С. 695; Илья Сигал (Ilya Segal) и Майкл Винстон (Michael D Whinston). Антимонопольное законодательство в инновационных отраслях (Antitrust in Innovative Industries). 2007. 97 // Американский экономический обзор (American Economic Review). С. 1703.

569 См., например, эмпирический анализ Иоанниса Лианоса (Ioannis Lianos) и Христоса Генакоса (Christos Genakos). «Эконометрические данные в законе ЕС о конкуренции: эмпирический и теоретический анализ» (1 октября 2012 г.) CLES Research Paper series 06/12. Имеется по адресу SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2184563>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2184563>>, обращение 28 апреля 2013 г.

570 Шумпетер (Schumpeter) (см. сноску 6).

571 Харгривз (Hargreaves) (см. сноску 20, 14).

Пользователи участвуют в развитии инноваций на рынке.⁵⁷² Это, вероятно, должно дать им лучшую долю прибыли, которую создает инновация (в виде выбора, более низких цен и т.д.) Иногда тот факт, что инновация является ориентированной на потребителя, может повлиять на применение закона о конкуренции: в деле IMS/NDC Health, касающемся применения статьи 102 к отказу в выдаче лицензии (см. наш анализ выше), Европейский Суд отметил, что кирпичное здание, к которому хотела иметь доступ компания NDC Health, было создано при содействии потребителей, представивших данные о своих потребительских привычках, и стало по этой причине незаменимым вкладом в данные о предоставлении услуг на рынке региональных продаж фармацевтической продукции.

Другим важным источником изменений является то, что некоторые называют «ИП без ИС», интеллектуальное производство без интеллектуальной собственности, для того, чтобы описать многие случаи, в которых процесс творчества не опирается как таковой на присуждение права интеллектуальной собственности.⁵⁷³ Движение открытого доступа в программном обеспечении,⁵⁷⁴ «парадокс пиратства» в индустрии моды,⁵⁷⁵ - это лишь несколько примеров, иллюстрирующих, что инновации могут быть продуктом сотрудничества и обмена без защитной сетки прав исключительности, и что стремление к денежной прибыли не является единственным фактором, определяющим стимулы к инновациям.⁵⁷⁶ Как отмечается в докладе Харгривза,

«Природа инновационных услуг означает, что ответы на технические проблемы не будут лежать исключительно в рамках научно-исследовательских институтов или компаний с собственной культурой R&D и средствами для управления и защиты интеллектуальной собственности. Вместо этого, они появятся за счет интеграции идей

*от широкого круга организаций, некоторые из которых, возможно, рассматривают управление правами ИС как неприемлемое препятствие для бизнеса с высокой отдачей, создавая новые вызовы традиционным представлениям о владении ИС».*⁵⁷⁷

Хотя понятно, что эти открытые инновационные системы «функционально зависимы» от законов об авторском праве, патентах, товарных знаках, или коммерческой тайне,⁵⁷⁸ подход к ИС, опирающийся на традиционные «имущественные права», сопряжен с риском, что этот важный аспект «нового инновационного процесса» будет проигнорирован. Регуляторная точка зрения на право ИС смягчает этот риск и предоставляет более широкую теоретическую основу для пересечения конкурентного права с правом интеллектуальной собственности.

572 Эрик Гиппель (Eric von Hippel) (см. сноску 21), Фред Голт (Fred Gault) и Эрик Гиппель. Распространенность инноваций пользователей и бесплатный трансфер инноваций: последствия для статистических показателей и инновационной политики. MIT Sloan School of Management. Научно-исследовательская работа № 4722-09 (январь 2009 г.) находится по адресу http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1337232 обращение 28 апреля 2014; Странбург (Strandburg K J.). Пользователи как новаторы: последствия для доктрины патентов ('Users as Innovators: Implications for Patent Doctrine'). 2008. 79 // University of Colorado Law Review. С. 467.

573 Дрейфусс (Dreyfuss). Нуждается ли ИП в ИС? Размещение интеллектуального производства за пределами парадигмы интеллектуальной собственности ('Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm') (см. сноску 22), ссылаясь на термин, придуманный Марио Баджиоли (Mario Bagjoli).

574 См., например: Джош Лернер (Josh Lerner) и Жан Тироль (Jean Tirole). Экономика технологии обмена: Открытый источник и другое ('The Economics of Technology Sharing: Open Source and Beyond'). 2005. 19 Journal of Economic Perspectives. С. 99.

575 См., например: Карл Раусталиа (Kal Raustiala) и Кристофер Спригман (and Christopher Sprigman). Парадокс пиратства: инновации и интеллектуальная собственность в дизайне одежды ('The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design'). 2006. 92 // Vanderbilt Law Review. С. 1687.

576 Йохай Бенклер (Yochai Benkler). Обмен красиво: об обмениваемых товарах и появлении обмена как условия экономического производства ('Sharing Nicely: On shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production'). 2004. 114 // Yale Law Journal. С. 273; Lerner and Tirole (см. сноску 573).

577 Харгривз (Hargreaves) (см. сноску 20), с. 14.

578 Дрейфусс (Dreyfuss). «Нуждается ли ИП в ИС? Размещение интеллектуального производства за пределами парадигмы интеллектуальной собственности» ('Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm') (см. сноску 22).

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Список законодательных актов

Международные соглашения

Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. // Apr., 15, 1994.

Convention on the Grant of European Patents, Oct. 5, 1973. 13 I.L.M. 270, 1065 U.N.T.S. 199 (revised at the Convention on the Grant of European Patents Nov. 29, 2000). arts. 52-53.

International Convention for of the Protection of New Varieties of Plants, Ger.-Neth.-U.K. // Dec. 2, 1961, 815 U.N.T.S. 89 (revised Nov. 10, 1972, Oct. 23, 1978 and Mar. 19, 1991).

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments. — Results of the Uruguay Round vol. 31, 33 I.L.M. 81 // (1994).

World Trade Organization, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2, November 20.— 2001, 41 I.L.M. 755 (2002).

World Trade Organization, Ministerial Declaration of November 14, 2001. — WT/MIN(01)/DEC/1, 41 I.L.M. 746 (2002).

Соединенные Штаты Америки

Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property // April 6, 1995.

Bayh-Dole Act, 35 U.S.C. §§ 200-212.

Clayton Antitrust Act of 1914, 15 USC §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53.

Hatch-Waxman Act, 21 U.S.C. § 355.

Jurisdiction of the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 28 U.S.C. § 1295.

Leahy-Smith America Invents Act, Pub. L. No. 112-29, 125 Stat. (US) 284, 2011.

Stevenson-Wydler Technology (Innovation Act of 1980), 15 U.S.C. §§ 3701-37014.

US Department Of Justice and the Federal Trade Commission., Horizontal Merger Guidelines // 19 August 19, 2010.

US Department of Justice and United States Patent and Trademark Office. Policy Statement on Remedies for Standard-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments // 8 January 8, 2013.

Соединенное Королевство

Memorandum of Understanding between the Intellectual Property Office and the Office of Fair Trading // July 2012 / [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/MoUs/IPO.pdf.

UK Patents Act of 1977.

Германия

Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz.

biotechnologischer Erfindungen [Statute Implementing the EU Biotechnology Directive] // Jan. 21, 2005., BGBl. I at 146, §1a (4) (F.R.G.). PatG § 1a (4).

Франция

Code de la Propriété Intellectuelle Art. L613–2–1.

Индия

India Patent Act.

Европейский союз

Charter of Fundamental Rights of the European Union [2000] C 364/01.

Производные нормативные акты ЕС

Council Directive 87/54/EEC of 16 December 1986 on the legal protection of topographies of semiconductor products [1987] OJ L24/36.

Council Regulation 4064/89/EEC of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [1989] L395/1.

Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs [1991] OJ L122/42 (now replaced).

Council Regulation 1768/92/EEC of 18 June 1992 concerning the creation of a supplementary protection certificate for medicinal products [1992] OJ L 182/1.

Commission- Green Paper on Innovation COM (95) 688 final, 20 December 1995.

Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases OJ L077/20.

Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions OJ L213/13.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 98/71/EC on the legal protection of designs COM (2004) 582 final.

Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs L289/28.

Council Regulation 1/2003/ EEC on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

Council Regulation 772/2004/EC of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements [2004] OJ L123/11.

Commission Regulation 330/2010/EU of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices.

Commission Notice- Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements [2004] OJ C 101/2.

Commission Notice- Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty [2004] OJ C101/97.

Список дел

Соединенные Штаты Америки

Федеральная торговая комиссия

Analysis of Proposed Consent Order To Aid Public Comment at 4-6, In re Negotiated Data Solutions LLC, File No. 0510094 //January 23, 2008.

ESS Tech., Inc. v. PC-Tel, Inc., No. C-99-20292 RMW, 2001 WL 1891713, at 3-6 (N.D. Cal. Nov. 28, 2001), Rambus, Broadcom etc.

Genzyme Corporation / Novazyme Pharmaceuticals, Inc. and the statement of Chairman T. Muris (critical to the use of the concept).

In re Google Inc., FTC File No. 121-0120 //January 3, 2013.

Communication from the Commission- Guidance on the Commissions enforcement priorities in applying article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] C45/7.

Communication from the Commission- Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty of the European Union to horizontal cooperation agreements [2011] OJ C 11.

Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [2008] L 299/25.

Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs [2009] OJ L111/16.

Commission of the European Communities. - First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases. — Brussels, December 12, 2005.

European Commission Pharmaceutical Sector Inquiry Preliminary Report. – Comments from the EPO // November 28, 2008.

European Commission, Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report // 2009.

European Commission, Competition DG, Pharmaceutical Sector Inquiry: Final Report // 8 July 8, 2009.

Draft Guidance Paper. Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Article 101 and 102 of the Treaty of the Functioning of the European Union.— Public Consultation // June 2011.

Draft Communication from the Commission, Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, C (2013) 94 draft.

In re Negotiated Data Solutions LLC, FTC File No. 051-0094, Decision and Order // January 23, 2008.

In re Robert Bosch GmbH, FTC File N. 121-0081, Decision and Order // Nov. 26, 2012.

In the matter of Rambus, Inc. // August 2, 2006, Docket No. 9302.

Прецедентное право

Darcy v. Allen (The Case of Monopolies) (1602), Moore (K.B.) 671.

Westinghouse v. Boyden Power Brake Co., 170 US 537 (1898).

Bement v. National Harrow Co., 186 US 70 (1902).

- Dr. Miles Med. v. John D. Park & Sons*, 220 US 373 (1911).
- United States v. Terminal R.R. Assn*, 224 US 383 (1912).
- Henry v. AB Dick Company*, 224 US 1 (1912).
- Motion Picture Patents Company v. Universal Film Manufacturing Company et al.*, 243 US 502 (1917).
- United States v. Colgate & Co.*, 250 US 300, 307 (1919).
- United States v. General Electric*, 272 US 476 (1926).
- Morton Salt Co. v. Suppiger Co.*, 314 US 488 (1942).
- Associated Press v. United States*, 326 US 1 (1945).
- Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.*, 339 US 605, 608 (1950).
- Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* 365 U.S. 127 (1961).
- Walker Process Equipment v. Food Mach. & Chem Corp.*, 382 US 172 (1965).
- United Mine Workers v. Pennington* 381 US 657 (1965).
- Graham v. John Deere Co* 383 US 1 (1966).
- Georgia-Pacific Co. v. United States Plywood Co.*, 318 F. Supp. 1116, 1120 (S.D.N.Y. 1970) modd, 446 F.2d 295 (2d Cir. 1971).
- Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366 (1973).
- Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcast. System, Inc.*, 441 US 1 (1979).
- Diamond v. Chakrabarty*, 447 US 303 (1980).
- Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 294 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 US 1093 (1980).
- American Society of mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp.*, 456 US 556 (1982).
- MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir. 1983).
- Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceuticals, Inc.*, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984).
- Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 US 2, 16 (1984).
- Allied Tube & Conduit Corp. V v. Indian Head, Inc.*, 486 US 492 (1988).
- Scripps Clinic & Research Foundation v. Genentech, Inc.*, 927 F.2d 1565, 1580 (Fed. Cir. 1991).
- Feist Publications v. Rural Telephone Service Company*, 499 US 340 (1991).
- Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*, 976 F.2d 700 (Fed. Cir. 1992).
- Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Indus., Inc.*, 508 U.S. 49 (1993).
- Data General Corp. v. Grumman Systems*, 36 F.2d 1147, 1187 (1st Cir. 1994).
- In re Deuel*, 51 F.3d 1552 (Fed. Cir. 1995).
- Re Dell*, 121 FTC 616 (1996).
- Regents of the University of California v. Eli Lilly and Co.*, 119 F.3d 1559 (Fed. Cir. 1997).
- Fonar Corp. V. Gen. Elec. Co.*, 107 F.3d 1343 (Fed. Cir. 1997).
- Image Technical Services v. Eastman Kodak*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).
- Nobelpharma AB v. Implant Innovations, Inc.*, 141 F.3d 1059 (Fed. Cir. 1998).
- C.R. Bard, Inc. v. M3 Systems*, 157 F.3d 1340 (Fed. Cir. 1998).
- United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C.Cir. 1998).
- Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).
- United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 89 (D.C. Cir. 2001).
- Harvard College v. Canada* (2002) 4 S.Ct.R. 45.
- Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co., Ltd.*, 535 US 722 (2002).
- Madey v. Duke University*, 307 F.3d 1351(Fed.Cir. 2002).
- In re Cardizem CD Antitrust Litig.*, 332 F.3d 896 (6th Cir. 2003) (Cardizem), cert. denied.
- Andrx Pharm., Inc. v. Kroger Co.*, 543 U.S. 939 (2003).
- Schering Corp. v. Geneva, Inc.*, 339 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2003).
- Re Union Oil Co. of California*, 2004 FTC LEXIS 115 (July 7, 2004).
- Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398 (2004).
- US Phillips Corp. v. ITC*, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005).
- Schering-Plough Corp. v. F.T.C.*, 402 F.3d 1056 (11th Cir. 2005).

Merck KGaA v. Integra Lifesciences I, Ltd., 545 U.S. 193 (2005).

Re Rambus, Inc., Dkt. No. 9302, 2006 FTC LEXIS 101 (Aug. 20, 2006).

eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006).

In re Tamoxifen Citrate Antitrust Litig., 466 F.3d 187 (2d Cir. 2006).

Illinois Tool Works v. Independent Ink, 126 S.Ct 1281 (2006).

Jazz Photo Corp. v. U.S., 439 F.3d 1344 (Fed. Cir. 2006).

Texaco, Inc. v. Dagher, 547 US 1 (2006).

Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink Inc., 547 US (2006).

MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc., 549 U.S. 118 (2007).

Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007).

KSR Intl Co. v. Teleflex Inc., 550 U.S. 398 (2007).

Broadcom Corp. v. Qualcomm, 501 F.3d 311 (3d Cir. 2007).

Cipro, 544 F.3d at 1323, (Fed. Cir. 2008).

In re Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litig., 544 F.3d 1323 (Fed. Cir. 2008).

Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, 553 U.S. 617 (2008).

Tafas v. Doll, 559 F. 3d 1345 (Fed. Cir. 2009).

Princo Corp v. ITC, 563 F.3d 1301 (Fed Cir. 2009).

Rambus Inc. v. FTC, 522 F3d 456 (DC Cir. 2008), cert. denied, 129 S. Ct. 1318 (2009).

Lucent Technologies, Inc. v. Gateway, Inc., 580 F.3d 1301 (Fed. Cir. 2009).

In re Kubin, 561 F.3d 1351 (Fed. Cir. 2009).

Ark. Carpenters Health & Welfare Fund v. Bayer AG, 604 F.3d 98, reh'g en banc denied, 625 F.3d 779 (2d Cir. 2010).

Bilski v. Kappos, 130 S.Ct. 3218 (2010).

In re Cardizem CD Antitrust Litig.

Ariad Pharmaceuticals, Inc. v. Eli Lilly and Co., 598 F.3d 1336, 1341 (Fed. Cir. 2010) (en banc).

Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, Inc., 132 S.Ct. 1289 (2012).

Monsanto Co. v. Bowman, 657 F.3d 1341 (Fed. Cir. 2011), cert. granted, 133 S.Ct. 420 (2012).

Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, 132 S.Ct. 1289 (2012).

Apple, Inc. v. Motorola, Inc., 869 F.Supp.2d 901 (N.D.Ill. 2012).

In re Robert Bosch GmbH, File No 121-0081 (November 26, 2012).

Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc., S.Ct. (March 19, 2013/).

Европейский союз

Решения Европейской комиссии

B&I Line plc v. Sealink Harbours Ltd and Sealink Stena Ltd [1992] CMLR 255.

Sea Containers v. Stena Sealink [1994] OJ L15/8.

Commission Decision, Case COMP/A 36.568/D3, *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg* (23 July 2004).

Commission Decision, Case COMP/C-3/37.792 *Microsoft/W2000* (24 March 2004).

Commission Decision, Case COMP/A. 37.507/F3, 2005) *AstraZeneca* (15 June 2005).

Commission Decision, Case COMP/A. 37. 507/ F3 *AstraZeneca* [2006] OJ L 332/24.

Commission Decision, Case COMP/C2/38.698 — *CISAC* (16 July 2008).

Commission Decision, Case COMP/C-3/39.530 — *Microsoft (tying)* (16 December 2009).

Commission Decision, Case COMP/38.636 — *Rambus* (9 December 2009).

Commission Decision, Case No COMP/M.6381 *Google/Motorola Mobility* (13 February 2012).

Прецедентное право

C-56/64 and 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* (1966) ECR 299.

Case 78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Grossmarkete GmbH & Co* (1971) ECR 487.

Case 15/74 *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc* (1974) ECR 1147.

Case 119/75 *Terrapin (Overseas) Ltd. v. Terranova Industrie CA Kapferer & Co* (1976) ERR 1039.

- Case 13/77 INNO / ATAB (1977) ECR 2115.
- Case 102/77 Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Centrafarm (1978) ECR 1139.
- Case C 3/78 Centrafarm v. American Home products corporation (1978) ECR 1823.
- Case 85/76 Hoffmann-La-Roche v. Commission (1979) ECR 461.
- Case 258/78 Nungesser v. Commission (1982) ECR 2015.
- Joined Cases 142 and 156/84 BAT and Reynolds v. Commission (1987) ECR.
- Case 35/83 BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v. Commission (1985) ECR 363.
- Case 311/84 CBET v. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA (1985) ECR 3261.
- Case 298/83 Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes v. Commission (1985) ECR 1105.
- Case 193/83 Windsurfing International v. Commission (1986) ECR 611.
- Case 27/76 United Brands v. Commission (1978) ECR 207.
- Case 27/87 SPRL Louis Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne SC (1988) ECR 1919.
- Case 53/87 CICCRA v. Renault (1988) ECR 6039.
- C-355/96 Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (1988) ECR I-4799.
- Case 238/87 Volvo v. Veng (1988) ECR 6211.
- Case 395/87, Ministère public v. Jean-Louis Tournier (1989) ECR 2521.
- Case 110/88 Lucazeau v. SACEM (1989) ECR 2811.
- Case 265/87 Herman Schröder HS Kraftfutter GmbH v. Hauptzollamt Gronau (1989) ECR 2237.
- Case T-51/89 Tetra Pak (1990) ECR II-309.
- Case T-51/89, Tetra Pak Rausing S.A. v. Commission (1990) ECR II-309.
- Case T-69/89 RTE v. Commission (1991) ECR II-485.
- Case T-76/89 ITP v. Commission (1991) ECR II-575.
- Case T-70/89 British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Ltd v. Commission (1991) ECR II-535.
- Joined Cases C-241/91 and C-242/91 Radio Telefis Eireann v. Commission (Magill), ECR (1995) I-743.
- Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission (1995) ECR I-743.
- Case C-333/94 P, Tetra Pak v. Commission (Tetra Pak II) (1996) ECR I-5991.
- Case T-504/93 Tiercé Ladbroke SA v. Commission (1997) ECR II-923.
- Case T-111/96, ITT Promedia NV v. Commission (1998) ECR II-2937.
- Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG (1998) ECR I-7791.
- FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG, 98/190, OJ (1998) L 72/30.
- Case C-344/98 Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd (2000) ECR I-11369.
- C-414 & 416/99 Zino Davidoff and Levi Straus (2001) ECR I-8691.
- C-143/00 Boehringer Ingelheim (No. 1) (2002) ECR I-3759.
- Case T-86/95 Compagnie générale maritime and others v. Commission (2002) ECR II-2011.
- C-244/00 Van Doren + Q (2003) ECR I-3051.
- Case T-213/00 CMA GCM & Others v. Commission (2003) ECR II-913/
- Case C-203/02 The British Horseracing Board Ltd and Others v/ William Hill Organisation Ltd (2004) ECR I-10415.
- Case C-444/02 Fixtures Marketing Ltd. v. Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou AE – OPAP (2004) ECR I-10549.
- Case C-46/02 Fixtures Marketing Ltd. v. Oy Veikkaus Ab (2004) ECR I-10365.
- Case C-338/02 Fixtures Marketing Limited v. AB Svenska Spel (2004) ECR I-10497.
- Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG (2004) ECR I-5039.
- Case T-201/04 Microsoft v. Commission (2007) ECR II-3601.
- Joined Cases C-468/06 to 478/06 Sot. Lelos kai Sia v. Glaxo-SmithKline (2008) ECR.
- Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. v. Föreningen Svedska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) UPA (2009) ECR I-9275

Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission (2009) ECR I-929.

Case T-321/05 AstraZeneca AB v. Commission (2010) ECR II-2805.

Case C-34/10 Brüstle v. Greenpeace eV, Judgment (18 October 2011), not yet published.

Case C-549/10 Tomra Systems ASA v. Commission (12 April 2012), not yet published.

Case T-167/08, Microsoft Corp. V. European Commission (27 June 2012), not yet published.

Case C-457/10P AstraZeneca AB v. Commission (6 December 2012), not yet published.

Case T-442/08 International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) (12 April 2013), not yet published.

Joined Cases C-274/11 & C-295/11, Spain v. Council and Italy v. Council (16 April 2013), not yet published.

Соединенное Королевство

Intel Corp. v Via Technologies Inc. [2002] EWCA Civ 1905 (Civil Division – Court of Appeal).

Attheraces Limited v. The British Horseracing Board Limited [2007] EWCA Civ 38.

Библиография

ABA Section of Antitrust Law, Intellectual Property and Antitrust Handbook. American Bar Association, 2007.

Ahlborn C., Evans D. S. and Padilla J. A. The Logic & Limits of the «Exceptional Circumstances Test» in Magill and IMS Health // 28 Fordham International Law Journal. 28, 2004, 1109.

Anderman S. Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the Exceptional Circumstances Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law? // Competition Law Review. 7, 2004.

Andrews R et al (eds). The Columbia World of Quotations. No. 41418: Columbia University Press, 1996.

Aoki M. Towards a Comparative Institutional Analysis: The MIT Press, 2001. 347.

Averitt N W and Lande R H. Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law // Antitrust Law Journal. 65, 1997. 713.

Baker J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation // Antitrust Law Journal. — 74(3), 2007. 575.

Baxter W. F. Legal Restrictions on Exploitation of the Patent Monopoly: An Economic Analysis // Yale Law Journal, 1966. 67.

Baxter W. F. World Patent Law and Practice § 8.02. Matthew Bender, 1969.

Baxter W. F. The Definition and Measurement of Market Power in Industries Characterized by Rapidly Developing and Changing Technologies // Antitrust Law Journal. 53, 1984. 717.

Benjamin S. M. and Rai A. K. Fixing Innovation Policy: A Structural Perspective. // The George Washington Law Review. 77(1), 2008. 1.

Benkler Y. Coases Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm // Yale Law Journal. 112, 2002. 369.

Benkler Y. Sharing Nicely: On shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production // Yale Law Journal. 14, 2004. 273.

Bently L. and Sherman B. Intellectual Property Law. Oxford University Press, 2008.

Bernt P. H. Abuse of Database Right: Sole-Source Information Banks under the EU Database Directive in Lévêque and Shelanski (eds) (n 127), 203

Binmore K. G. Game Theory and the Social Contract: Playing Fair. MIT Press, 1994.

Bessen J. and Meurer M. J. Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk. (Princeton University Press, 2009.

Bohannon C and Hovenkamp H. Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation. Oxford University Press, 2012.

- Bouckaert B. What is Property? // 13 Harvard Journal of Law and Public Policy, 1990. 775
- Bowman W. S., Tying Arrangements and the Leverage Problem // Yale Law Journal. 67, 1957. 67.
- Bowman W. S. Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal. University of Chicago Press, 1973.
- Bronwyn H. H. and Rosemarie H. Ziedonis R. H., The Patent Paradox Revisited: An Empirical Study of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry, 1979-1995 // Rand Journal of Economics.32(1), 2001. 101.
- Burk D. L. and Lemley M. A., Policy Levers in Patent Law // Vanderbilt Law Review. 89, 2003. 1575.
- Burk D. L. and Lemley M. A. The Patent Crisis and How Courts Can Solve it. University of Chicago Press, 2009.
- Calabresi G. and Melamed D. A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral // Harvard Law Review. 85(6), 1972. 1089.
- Carlton D. W. and Waldman M. The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries // Rand Journal of Economics. 33, 2002. 194.
- Carrier M. A. Unravelling the Patent-Antitrust Paradox // University of Pennsylvania Law Review. 150(3), 2002. 761.
- Carrier M. A. Resolving the Patent-Antitrust Paradox Through Tripartite Innovation // Vanderbilt Law Review. 56, 2003. 1047.
- Chesbrough H. W. Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology. Harvard Business School Press, 2003.
- Choi J. P., Preemptive R&D, Rent Dissipation and the Leverage Theory // Quarterly Journal of Economics. 110, 1996. 1153.
- Choi J. P. and Stefanadis C. Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory // Rand Journal of Economics. 32, 2001. 52.
- Cohen W. M. and Walsh J. P. Access — or Not — in Academic Biomedical Research in Rochelle C. Dreyfuss, et al (eds): Working Within the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Economy 3.
- Cotter T. F., Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses // The Journal of Corporate Law. 34(4), 2009. 1151.
- Dam K. W. The Economic Underpinnings of Patent Law // Journal of Legal Studies. 23, 1994. 247.
- Davison M. J. and Hugenholtz P. B. Football Fixtures, Horseraces and Spin Offs: The ECJ Domesticates the Database Right // European Intellectual Property Review, 2005). 113
- Demsetz H. 100 Years of Antitrust: Should we Celebrate? // Brent T. Upton Memorial Lecture. George Mason University School of Law, Law and Economics Center, 1991.
- Derclaye E. Databases Sui Generis Right: Should We Adopt the Spin-off Theory // European Intellectual Property Review. 26(9), 2004. 402.
- Derclaye E. The Court of Justice Interprets the Database Sui Generis Right for the First Time // European Law Review, 2005. 420.
- Denicolò V. and Franzoni L. A. Rewarding Innovation Efficiently – The case for Exclusive Rights in Manne and Wright (eds): Competition Policy and Patent Law Under Uncertainty: Regulating Innovation. Cambridge University Press, 2011.
- Dreier T. Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights? in Dreyfuss R C, Harry First H and Zimmerman D (eds): Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Oxford University Press, 2001.
- Dreyfuss R. C. The Federal Circuit: A Case Study in Specialized Courts // New York University Law Review. 64, 1989. 1.
- Dreyfuss R. C. Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm // Cardozo Law Review. 31, 2010. 1437.
- Dreyfuss R C, What the Federal Circuit Can Learn From the Supreme Court – and Vice Versa (2010) 59 American University Law Review 787
- Dreyfuss R. C. What the Federal Circuit Can Learn From the Supreme Court — and Vice Versa // American University Law Review. 59, 2010. 787.
- Economides N. and Lianos I. The Elusive Antitrust standard on bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft cases // Antitrust Law Journal. 76(2), 2009. 483.
- Economides N. and Lianos I. A Critical Appraisal of Remedies in the EU Antitrust Microsoft Cases // Columbia Business Law Review.2, 2010. 346.
- Elhauge E. Do Patent Holdup and Royalty Stacking Lead to Systematically Excessive Royalties? // Journal of Competition Law & Economics. 4, 2008. 535.
- Ellig J. and Lin D. A Taxonomy of Dynamic Competition Theories in Ellig J (ed): Dynamic Competition and Public Policy – Technology, Innovation and Antitrust Issues. Cambridge University Press, 2011.
- Evans D. S. and Schmalensee R. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries in

- Jaffe A B, Lerner J and Stern S (eds): *Innovation Policy and the Economy*. Vol. 2. MIT Press, 2002.
- Evans D. S. and Padilla J. A. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules // *Journal of Competition Law & Economics*. 1, 2005. 97.
- Ezrachi A. and Gilo D. Are Excessive Prices Really Self-Correcting? // *Journal of Competition Law & Economics*. 5(2), 2009. 249.
- Farber D. A. and McDonnell B. Why (and How) Fairness Matters at the IP/Antitrust Interface // *Minnesota Law Review*. 87, 2003. 1817.
- Farrell J. et al. Standard Setting, Patents, and Hold-Up: A Troublesome Mix // *Antitrust Law Journal*. 74(3), 2007. 603.
- Fatur A. *EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries*. Hart Publishing, 2012.
- Frakes M. D. and Wasserman M. F. Does Agency Funding Affect Decisionmaking? An Empirical Assessment of the PTOs Granting Patterns // *Vanderbilt Law Review*. 66, 2013. 67.
- Furse M., Excessive Prices. Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 and the Chapter II Prohibition // *European Competition Journal*, 2008. 59.
- Gans J. S. When Is Static Analysis a Sufficient Proxy for Dynamic Considerations? Reconsidering Antitrust and Innovation // *Innovation Policy and the Economy*. 11(1), 2011. 55.
- Geradin D. Layne-Farrar A. and Petit A. *EU Competition Law and Economics*. Oxford University Press, 2012.
- Geroski P. A. Competition in Markets and Competition for Markets // *Journal of Industry, Competition and Trade*. 3, 2003. 151.
- Gevenaz S. Against Immunity for Unilateral Refusals to Deal in Intellectual Property: Why Antitrust Law Should Not Distinguish Between IP and Other Property Rights // *Berkeley Technology Law Journal*. 19, 2004. 741.
- Ghosh S., Patents and the Regulatory State: Rethinking the Patent Bargain Metaphor After Eldred // *Berkeley Technology Law Journal*. 19, 2004. 1315.
- Gifford D. J. and Kudrle R. T. Antitrust Approaches to Dynamically Competitive Industries in the United States and the European Union // *Journal of Competition Law & Economics*. 7(3), 2011. 695.
- Gilbert R. J. and Sunshine S. C. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets // *Antitrust Law Journal*. 63, 1995. 569.
- Gilbert R. J. Competition and Innovation. in Wayne D. Collins (ed) 1 ABA Section of Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy* 577, 583. American Bar Association, 2008.
- Ginsburg D. H. and Wright J. D. Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions // *Antitrust Law Journal*. 78(1), 2012. 1.
- Greene H. Afterword: The Role of the Competition Community in the Patent Law Discourse // *Antitrust Law Journal*. 69, 2002. 841.
- Guellec D. and van Pottelsberghe de la Potterie B. *The Economics of the European Patent System: IP policy for innovation and competition*. Oxford University Press, 2007.
- Hausman D. M. *Preference, Value, Choice, and Welfare*. Cambridge University Press, 2012.
- Heller M. A. and Eisenberg R. S. Can Patents Deter Innovations? The Anticommons in Biomedical Research // *Science*. 1, 1989. 280
- Hippel E. V. *Democratizing Innovation*. MIT Press, 2005.
- Hoerner R. J. Innovation Markets: New Wine in Old Bottles? // *Antitrust Law Journal*. 64, 1995. 49.
- Hovenkamp H. J., Janis M. D. and Lemley M. A. Unilateral Refusals to License in the US in Lévêque F. and Shelanski H. (eds): *Antitrust, Patents and Copyright EU and US Perspectives*. Edward Elgar, 2005.
- Hovenkamp H. J., Janis M. D. and Lemley M. A. Anticompetitive Settlement of Intellectual Property Disputes // *Minnesota Law Review*. 87, 2003. 1719.
- Hovenkamp H. J., Janis M. D. and Lemley M. A. Unilateral Refusals to License // *Journal of Competition Law & Economics*. 2(1), 2006. 1.
- Hovenkamp H. J. *Federal Antitrust Policy: 3rd ed*. Thomson/West, 2005.
- Hovenkamp H. J. *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*. Harvard University Press, 2005.
- Huang K. G. and Murray F. E. Does Patent Strategy Shape the Long-Run Supply of Public Knowledge? Evidence from Human Genetics // *Academy of Management Journal*. 52, 2009. 1193.
- Huerta De Soto J. *The Theory of Dynamic Efficiency*. Routledge, 2009.
- Jaffe A. B. and Lerner J. *Innovation and Its Discontents: How a Broken Patent System is Endangering Innovation and Process, and What to Do About it*. Princeton University Press, 2004.

- Kaplow L. The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal // *Harvard Law Review*. 97, 1984. 1813.
- Kaplow L. Extension of Monopoly Power Through Leverage // *Columbia Law Review*. 85, 1985. 515.
- Kitch E. W. Patents: Monopolies or Property Rights? // *Research in Law and Economics*. 8, 1986. 31.
- Kitch E. W. The Nature and Function of the Patent System // *Journal of Law and Economics*. 20, 1977. 265.
- Kitch E. W. Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property // *Vanderbilt Law Review*. 53, 2000. 1727.
- Kovacic W. E. Competition Policy and Intellectual Property: Redefining the Role of Competition Agencies in Lévêque F and Shelanski H (eds): *Antitrust, Patents and Copyright – EU and US Perspectives*. Edward Elgar, 2005.
- Krattenmaker T. G. and Salop S. C. Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals Costs to Achieve Power Over Price // *Yale Law Journal*. 96, 1986. 209.
- Krier J. E. The (Unlikely) Death of Property // *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 13, 1990. 75.
- Lande R. H. Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust // *University of Pittsburgh Law Review*. 62(3), 2001. 503.
- Landes W. and Posner R. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press, 2003
- Lee P. Transcending the Tacit Dimension: Patents, Relationships, and Organizational Integration in Technology Transfer // *California Law Review*. 100, 2004. 1503.
- Lerner J. and Tirole J. The Economics of Technology Sharing: Open Source and Beyond // *Journal of Economic Perspectives*. 19, 2005. 99.
- Lemley M. A. and Julie E. Cohen J. E. Patent Scope and Innovation in the Software Industry // *California Law Review*. 89, 2001. 1.
- Lemley M. A. Property, Intellectual Property and Free Riding // *Texas Law Review*. 83, 2005. 1031.
- Lemley M. A. and Shapiro C. Patent Holdup and Royalty Stacking // *Texas Law Review*. 85, 2007. 1991.
- Lemley M. A. and Weiser P. Should Property or Liability Rules Govern Information? // *Texas Law Review*. 85, 2007. 783.
- Lianos I. Competition Law and Intellectual Property Rights: Is the Property Rights' Approach Right? in John Bell and Claire Kilpatrick (eds): *8 The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Hart Publishing, 2006.
- Lipsky A. B. and Sidak G. J. Essential Facilities // *Stanford Law Review*. 51, 1999. 1187.
- McChesney F. S. and William F. Shughart II W. F. (eds). *The Causes and Consequences of Antitrust: the Public Choice Perspective*. University of Chicago Press, 1995.
- Machlup F. and Penrose E. The Patent Controversy in the Nineteenth Century // *Journal of Economic History*. 10, 1950. 1.
- Manne G. A. and Wright J. D. Innovation and the Limits of Antitrust // *Journal of Competition Law & Economics*. 6, 2010. 153.
- Mansfield E. R&D and Innovation: Some Empirical Findings in Zvi Griliches (ed): *R&D, Patents and Productivity* // *National Bureau of National Research*. The University of Chicago Press, 1984.
- Mansfield E. Patents and Innovation: An Empirical Study // *Management Science*. 32, 1986. 173.
- Mason E. S. Monopoly in Law and Economics // *Yale Law Journal*. 47, 1937. 34.
- May C. and Sell S. K. *Intellectual Property Rights – A Critical History*. Lynne Reiner, 2006.
- Merges R. P. and Nelson R. R. On the Complex Economics of Patent Scope // *Columbia Law Review*. 90, 1990. 839.
- Merges R. P. Intellectual Property Rights and Bargaining Breakdown: The Case of Blocking Patents // *Tennessee Law Review*. 62, 1994. 75.
- Merges R. P. Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations // *California Law Review*. 84, 1996. 1293.
- Merges R. P. As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform // *Berkeley Technology Law Journal*. 14, 1999. 577.
- Meiners R. E. and Staaf R. J. Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly? // *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 13, 1990. 911.
- Motta M. and de Streel A. Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law in Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds): *What is an Abuse of a Dominant Position?* Hart Publishing, 2006.
- Murray F. and OMahony S. Exploring the Foundations of Cumulative Innovation: Implications for Organization Science // *Organization Science*. 18, 2007. 1006.
- Murray F. and Stern S. Do Formal Intellectual Property Rights Hinder the Free Flow of Scientific Knowledge? An Empirical

- Test of the Anti-Commons Hypothesis // *Journal of Economic Behavior and Organization*. 63, 2007. 648.
- Nordhaus W. D. *Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change*. MIT Press, 1969.
- OConnor S. M. IP Transactions as Facilitators of the Globalized Innovation Economy in Rochelle C. Dreyfuss, Diane L Zimmerman and Harry First (eds): *Working Within the Boundaries of Intellectual Property-Innovation Policy for the Knowledge Society*. Oxford University Press, 2010.
- Odudu O. *Intellectual Property Rights in Bellamy and Child: European Union Law of Competition*. Oxford University Press, 2013.
- Ordover J. A. Economic Foundations and Considerations in Protecting Industrial and Intellectual Property // *Antitrust Law Journal*. 53(3), 1984, 503.
- Papandropoulos P. Implementing an effects-based approach under Article 82 // *Concurrences*. 1, 1998. 3.
- Paulis E. Article 82 EC and Exploitative Conduct in Claus-Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds): *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Hart Publishing, 2008. 515.
- Peritz R. J. The «Rule of Reason» in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition // *Hastings Law Journal*. 40, 1989. 285.
- Pleatsikas C. and Teece D. The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation // *International Journal of Industrial Organization*. 19, 2001. 665.
- Posner R. *Economic Analysis of Law: 6th ed.*, Aspen, 2003. 47.
- Posner R. *Antitrust Law*. University of Chicago Press, 2001.
- Priddis S. and Constantine S. The Pharmaceutical Sector, Intellectual Property Rights, and Competition Law in Europe in Steven Anderman and Ariel Ezrachi (eds): *Intellectual Property and Competition Law – New Frontiers*. Oxford University Press, 2011.
- Rai A K and Eisenberg R E, Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine // *Law and Contemporary Problems*. 66, 2003. 289
- Rai A. K. and Eisenberg R. E. Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine // *Law and Contemporary Problems*. 66, 2003. 289.
- Rai A. K. Patent Validity Across the Executive Brand: Foundations for Policy Development // *Duke Law Journal*. 61, 2012. 101.
- Raustiala K. and Sprigman C. The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design // *Vanderbilt Law Review*. 92, 2006. 1687.
- Rhoten D. and Powell W. W. Public Research Universities: From Land Grant to Federal Grant to Patent Grant Institutions in Diana Rhoten and Craig J Calhoun (eds): *Knowledge Matters*. Columbia University Press, 2010.
- Ritter C. Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property? // *World Competition*. 28, 2005. 281.
- Röller L. H. Exploitative Abuses in Claus-Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds): *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*. Hart Publishing, 2008. 525
- Romer P. M. When Should We Use Intellectual Property Rights? // *American Economic Review*. 92, 2002. 213.
- Rubinfeld D. L. and Maness R, The Strategic Use of Patents: Implications for Antitrust in Lévêque F. and Shelanski H. (eds): *Antitrust, Patents and Copyright – EU and US Perspectives*. Edward Elgar, 2005.
- Samuelson P. Intellectual Property Arbitrage: How Foreign Rules Can Affect Domestic Protections // *University of Chicago Law Review*. 71, 2004. 223.
- Scherer F. M. The Innovation Lottery in Dreyfuss R. C, First H. and Zimmerman D. L. (eds): *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*. Oxford University Press, 2001.
- Schumpeter J. A. *The Theory of Economic Development*. London, Transaction Pub 2005, first published by Harvard University Press, 1934.
- Schumpeter J. A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 1942, published by Harper & Bros., 1950.
- Schumpeter J. A. *History of Economic Analysis*. Routledge, 1986, first published, 1954.
- Scotchmer S. Standing on the Shoulders of Giants: Protecting Cumulative Research and the Patent Law // *Journal of Economic Perspectives*. 5, 1991. 29
- Scotchmer S. *Innovation and Incentives*. MIT Press, 2004.
- Scotchmer S. Standing on the Shoulders of Giants: Protecting Cumulative Innovators in Suzanne Scotchmer S.: *Innovation and Incentives*. (MIT Press, 2005.
- Segal I. and Whinston M. D., Antitrust in Innovative Industries // *American Economic Review*. 97, 2007. 1703.
- Shafir E. Simonson I. and Tversky A. Reason-Based Choice // *Cognition*. 49, 1993. 11.

- Shapiro C. Antitrust Limits to Patent Settlements // *Rand Journal of Economics*. 34, 2003. 391.
- Shapiro C. Antitrust, Innovation, and Intellectual Property. Testimony Before the Antitrust Modernization Commission. November 8, 2005.
- Shavell S. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap Press of Harvard University Press, 2004. 93.
- Shelanski H. A. and Katz M. L. Mergers and Innovation // *Antitrust Law Journal*. 74, 2007. 1.
- Sherman B. and Bently L. *The Making of Modern Intellectual Property Law*. Cambridge University Press, 1999.
- Sidak G. J. Holdup, Royalty Stacking, and the Presumption of Injunctive Relief for Patent Infringement: A Reply to Lemley and Shapiro // *Minnesota Law Review*. 92, 2008. 714.
- Sidak G. J. and Teece D. J. Dynamic Competition in Antitrust Law // *Journal of Competition Law & Economics*. 5(4), 2009. 581.
- Strandburg K. J. Curiosity-Driven Research and University Technology Transfer in Gary D. Libecap (ed): *16 Advances in the Study of Entrepreneurship, Innovation and Economic Growth*, 2005. 97.
- Strandburg K. J. Users as Innovators: Implications for Patent Doctrine // *University of Colorado Law Review*. 79, 2008. 467.
- Teece D. J. Profiting from Technological Innovation: Implications for Integration, Collaboration, Licensing and Public Policy // *Research Policy*. 15, 1986. 285.
- Teece D. J. Pisano G. and Shuen A. Dynamic Capabilities and Strategic Management // *Strategic Management Journal*. 18, 1997. 509.
- Teece D. J. Favoring Dynamic over Static Competition: Implications for Antitrust Analysis and Policy in Geoffrey A. Manne and Joshua D. Wright: *Competition Policy and Patent law under Uncertainty*. Cambridge University Press, 2011.
- Temple Lang J. Defining Legitimate Competition: Companies Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities // *Fordham International Law Journal*. 18(2), 1994. 437.
- Trebilcock M. J. *The Common Law of Restraint of Trade*. Sweet & Maxwell, 1986.
- Ullrich H. Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: a TRIPS Perspective in Keith Maskus (ed): *International Public Goods and Transfer of Technology*. Cambridge University Press, 2005.
- Venegas V. B. Shifting Towards a Dynamic Efficiency Test?: Evaluating Licensing Agreements under Antitrust Law in Steven Anderman and Ariel Ezrachi (eds): *Intellectual property and Competition Law – New Frontiers*. Oxford University Press, 2011.
- Walsh J. P., Arora A. and Cohen W. M. Effects of Research Tool Patents and Licensing on Biomedical Innovation in Wesley M Cohen and Stephen A Merrill (eds): *Patents In The Knowledge-Based Economy*. National Research Council, 2003.
- Westkamp G. Protecting Databases under US and European Law: Methodical Approaches to the Protection of Investments between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts // *International Review of Industrial Property and Copyright Law*. 34, 2003. 772.
- Whinston M. D. Tying, Foreclosure and Exclusion // *American Economic Review*. 80, 1990. 837.
- Wright J. D. Antitrust, Multidimensional Competition and Innovation – Do we Have an Antitrust-Relevant Theory of Competition Now? in Manne G. A. and Wright J. D. (eds): *Competition Policy and Patent law under Uncertainty*. Cambridge University Press, 2011.

Заявления о политическом курсе

- FTC. Pay for Delay: When Drug Companies Agree not to Compete // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.ftc.gov/opa/reporter/competition/payfordelay.shtml>
- Office of Management and Budget, Office of Information and Regulatory Affairs Q & As // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.whitehouse.gov/omb/OIRA_QsandAs (discussing Executive Order 12866 and amendments); OMB Circular A-119 // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a119
- OFT 1390, Competition and Growth (November 2011)
- US DOJ and FTC. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (April 2007)

Электронные публикации

AUTM. Nine Points to Consider in Licensing University Technology (6 March 2007) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.autm.net/Nine_Points_to_Consider.htm> accessed 1 August 2011

Boldrin M. and Levine D. K., The Case Against Patents. (September 2012) Federal Reserve Bank of St Louis Working Paper 2012-035A// [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.research.stlouisfed.org/wp/2012/2012-035.pdf>

Carlton D. W. and Gertner R. H., Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behavior. NBER Working Paper Series, Working paper 8976// [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.nber.org/papers/w8976>

Fackelmann C. R., Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control. An Intractable Subject or a Promising Chance for Innovation? / Oxford Centre for Competition Law and Policy Working Paper No. L-09/06

Gault F. and von Hippel E., The Prevalence of User Innovation and Free Innovation Transfers: Implications for Statistical Indicators and Innovation Policy. / MIT Sloan School of Management. Research Paper No. 4722-09 (January 2009) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1337232

Geradin D. Ten Years of DG Competition Effort to Provide Guidance on the Application of Competition Rules to the

Licensing of Standard-Essential Patents: Where Do We Stand? (21 January 2013) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2204359> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2204359>

Hovenkamp H. The Walker Process Doctrine: Infringement Lawsuits as Antitrust Violations University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-36 (1 September 2008) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://ssrn.com/abstract=1259877>

Lianos I. and Genakos C. Econometric Evidence in EU Competition Law: An Empirical and Theoretical Analysis (1 October 2012) CLES Research Paper series 06/12// [Электронный ресурс] / Режим доступа: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2184563>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2184563>

Murray F., et al. Of Mice and Academics: Examining the Effect of Openness on Innovation. (March 2009), NBER Working Paper Series, Vol. w14819, 2009// [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://ssrn.com/abstract=1369055>

Posner R. Why There are Too Many Patents in America. //, The Atlantic (12 July 2012) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.theatlantic.com/business/archive/2012/07/why-there-are-too-many-patents-in-america/259725/>

Доклады

Australian Government, Productivity Commission Report, Restrictions on the Parallel Importation of Goods (2009)

National Research Council of the National Academies, Committee on Management of University Intellectual Property, Lessons from a Generation of Experience, Research and Dialogue. Managing University Intellectual Property in the Public Interest. The National Academy Press, 2010

IPO, The Role of the Intellectual Property Office (July 2012) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.ipo.gov.uk/hargreaves-roleofipo.pdf>; IPO, Response to the Informal Consultation on the Role of the Intellectual Property Office (March 2013) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.ipo.gov.uk/response-2013-roleipo.pdf>

Panel Report, China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, WT/DS362/R (January 26, 2009)

Panel Report, Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS114/R (March 17, 2000)

Agenda and reports of the Chief Economist// [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.uspto.gov/ip/officetechiefecon/>

Office of the Chief Economist// [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.uspto.gov/ip/officetechiefecon>

Office of Management and Budget, Office of Information and Regulatory Affairs Q & As// [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.whitehouse.gov/omb/OIRA_QsandAs (discussing Executive Order 12866 and amendments); OMB Circular A-119// [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a119

US Department of Commerce. Intellectual Property and the US Economy: Industries in Focus // [Электронный ресурс]

/ Режим доступа: http://www.uspto.gov/news/publications/IP_Report_March_2012.pdf

FTC Staff Study. How Drug Company Pays-Offs Cost Consumers Billions (January 2010) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.ftc.gov/os/2010/01/100112payfordelayerpt.pdf>

FTC. Generic Drug Entry Prior to Patent Expiration: An FTC Study (July 2002), // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf>

Bush V. Science The Endless Frontier: A Report to the President On A Program for Postwar Scientific Research. United States Government Printing Office, 1945.

Hargreaves I. Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth (May 2011), // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>

López A., Innovation and Appropriability, Empirical Evidence and Research Agenda in The Economics of Innovation (WIPO 2009) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.wipo.int/ip-development/en/economics/pdf/wo_1012_e_ch_1.pdf

Röller L. H. and Buigues P. A. The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission (May 2005)

Salop S. C. Efficiencies in Dynamic Merger Analysis (1995), Statement at FTC Hearings on Global and Innovation-Based Competition, // [Электронный ресурс] / Режим доступа: www.ftc.gov/opp/global/saloptst.htm

Tepperman A. and Sanderson M. Innovation and Dynamic Efficiencies in Merger Review (Canada, Competition Bureau 2007), // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02378.html#key_concepts

Wilson B. B. Patent and Know-How License Agreements: Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions: Address Before the Fourth New England Antitrust Conference (6 November 1970)

Williams H. L. Intellectual Property Rights and Innovation: Evidence from the Human Genome (Working Paper No. 16213, National Bureau of Economic Research Working Paper, 2010) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://www.nber.org/papers/w16213>

Пресс-релизы

Commission Press Release IP/12/1233, Commission Presents new Rethinking Education Strategy// [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1233_en.htm (20 November 2011)

Commission Press Release, IP/12/1149, Commission sends Statement of Objections to Microsoft on non-compliance with browser choice commitments (24 October 2012) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1149_en.htm

European Commission Press Release, MEMO/09/322: Antitrust: Commission opens formal proceedings against Les Laboratoires Servier and a number of generic pharmaceutical companies// [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-322_en.htm (8 July 2009)

European Commission, Commission opens proceedings against Motorola, IP/12/345 (3 April 2012) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-345_en.htm

European Commission, Commission opens proceedings against Samsung, IP/12/89 (31 January 2012) // [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-89_en.htm

European Commission, Commission sends Statement of Objections to Lundbeck and others for preventing market entry of generic antidepressant medicine, IP-12-834 (25 July 2012)

