

Иванов Алексей Юрьевич  
директор Института права и развития ВШЭ — Сколково, магистр права Гарвардского университета

Каталевский Дмитрий Юрьевич  
ведущий научный сотрудник Института права и развития ВШЭ — Сколково, доцент Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, к.э.н.

Лианос Янис  
главный научный сотрудник Института права и развития ВШЭ — Сколково, профессор права Университетского колледжа Лондона

## **Рынок семян: глобализация, конкуренция и интеллектуальная собственность**

### *Аннотация:*

*На основе анализа быстро меняющейся, как в социально-экономическом, так и технологическом плане отрасли сельскохозяйственного производства, авторы пытаются продемонстрировать ключевые вызовы, которые эта трансформация несет для антимонопольного регулирования и института интеллектуальной собственности. Фокус в статье сделан на глобальных цепочках производства и оборота семян, в которых указанные изменения выражены наиболее сильно. В качестве примеров анализируются дела об экономической концентрации глобальных игроков в данной сфере – компаний Monsanto, Syngenta, DowDuPont.*

*Ключевые слова: антимонопольная политика, патенты в сфере биотехнологий, генетическая информация, селекционные достижения, глобальные цепочки поставок, продовольствие, семена, фермеры, Monsanto, Syngenta, DowDuPont*

## **The Seed Market: Globalization, Competition and Intellectual Property**

### *Summary:*

*The article explores the competition dynamics of the global seed market. It documents the economic concentration of the sector, in particular the M&A activity of the major seed companies and their reliance on complex intellectual property strategies in order to offer a one stop shop solution to farmers. Recent merger activity in this sector (the Monsanto bid to buy Syngenta, the DuPont and Dow merger deal, ChemChina's bid to buy Syngenta) illustrates its rapid transformation from an already concentrated industry to a tight oligopoly on a global scale. The increasing global consolidation of*

*this industry raises new challenges for competition law enforcement authorities dealing with the emergence of new powerful actors at the factor of production (input) level, in view of the broader concerns animating public policy in the food sector and the existence of a nexus of international commitments for biodiversity, sustainability, the right to food etc. By exploring this under-studied but fascinating area of competition law enforcement we open the debate over the inclusion of broader public interest concerns in competition policy and the consideration of its distributive impact from a global perspective.*

*Key words: antitrust, global food value chain, agricultural markets, seeds, contract agriculture, cross-licensing agreements, factors of agricultural production, biodiversity, sustainability, global commons, IP rights, plant variety protection rights, biotechnology patents, access to germplasm, generic trait, farmers, Monsanto, Syngenta, DowDuPont*

### **Глобализация и экономическая концентрация в сельском хозяйстве**

Одной из ключевых мировых тенденций является рост спроса на продовольствие. Это связано как с ростом населения, так и с изменениями потребительских предпочтений прежде всего в странах Азиатско-Тихоокеанского региона. По прогнозам Продовольственной и сельскохозяйственной организации (FAO) ООН, производство сельскохозяйственной продукции должно удвоиться до 2050, чтобы покрыть прогнозируемый разрыв между спросом на сельскохозяйственную продукцию и ее производством.

Давление спроса вызывает значительную технологическую интенсификацию сельскохозяйственной отрасли, а также делает мировую продовольственную систему все более уязвимой для системных сбоев. Неожиданные перебои в сложной глобальной цепочке производства, переработки и поставок сельскохозяйственной продукции могут приводить к снижению предложения продовольствия и, как следствие, резкому росту цен. Это в свою очередь способно вызвать труднопрогнозируемые негативные каскадные эффекты и потрясения, как в бизнесе, так и в обществе в масштабах целых государств и регионов.

Данная проблема крайне мало изучена сегодня, хотя является очень перспективной областью междисциплинарного научного исследования. Так, в прошлом году международной страховой компанией Lloyds была сделана попытка смоделировать последствия глобального продовольственного шока, вызванного одновременной

комбинацией климатических и биологических факторов<sup>1</sup>. Специалистами Lloyds с привлечением ведущих представителей научного сообщества был смоделирован гипотетический сценарий масштабного наводнения Эль-Ниньо в США в комбинации с наводнениями в сельскохозяйственных районах Индии и Пакистана, с засухой в Австралии и странах Юго-Восточной Азии (Непал, Бангладеш, Индонезия, Вьетнам, Таиланд, Филиппины), а также эпидемией азиатской ржавчины сои в Аргентине и Бразилии и возбудителя стеблевой ржавчины пшеницы UG99 в Турции, Казахстане, Украине и России. Результаты сценария показали, что реализация комбинации подобных событий приведет к четырехкратному увеличению стоимости пшеницы, кукурузы и сои по сравнению со средними ценами 2000-х гг., стоимость риса вырастет на 500%, прогнозируются голодные бунты в странах Ближнего Востока, Северной Африки, Латинской Америки.

В настоящее время среди причин, способных вызвать системный сбой, специалисты традиционно рассматривают изменение климата (засухи, природные катастрофы), нехватку водных ресурсов, а также политическую нестабильность. Однако ряд исследований показывают, что системный сбой может произойти также вследствие проблем в глобальной системе производства и поставок сельскохозяйственной продукции<sup>2</sup>. Данный фактор традиционно находится под менее пристальным вниманием исследователей и лишь в последние несколько лет появляются работы, фокусирующие внимание именно на функционировании глобальной цепочки продовольственного обеспечения как единого целого – от производства высокопродуктивных семян до сбыта переработанной сельскохозяйственной продукции<sup>3</sup>.

Такого рода анализ представляется особенно интересным ввиду того, что позволяет получить неожиданные выводы, как, например, вывод о том, что в области производства сельскохозяйственной продукции значительные продовольственные риски для национальных систем продовольственного обеспечения проистекают вследствие импортозависимости от внешних по отношению к национальным системам игроков – например, зарубежных компаний-поставщиков высокоурожайных семян, высокопродуктивного генетического материала в животноводстве, вакцин, уникальных

---

<sup>1</sup> Food System Shock. The insurance impact of acute disruption to global food supply. Lloyd's Emergent Risk Report-2015 // Lloyd's. 2015.

<sup>2</sup> Каталевский Д. Ю., Кавтарадзе Д. Н. Семена и продовольственная безопасность России: материалы 10-й международной конференции факультета государственного управления МГУ имени М.В. Ломоносова «Государственное управление в XXI веке: повестка дня российской власти» (29-31 мая 2012 г.). М. : Издательство Московского университета, 2012. Т. 1.

<sup>3</sup> Moss D. L. Consolidation in agriculture and food: Challenges for competition enforcement // Concurrences Review. NY : The Institute of Competition Law, 2016. Issue 1. P. 10—14. См. также Lianos I., Lombardi C. Superior bargaining power and the global food value chain: The wuthering heights of holistic competition law? // Concurrences Review. NY : The Institute of Competition Law, 2016. Issue 1. P. 22—35.

технологических решений и т.п. Со второй половины 1990-х прослеживается устойчивая мировая тенденция усиления концентрации поставщиков высокотехнологических решений в области сельского хозяйства<sup>4</sup>. В результате на ключевых продовольственных рынках, как, например, мировом рынке семян, пестицидов и животного генетического материала сложилась высококонцентрированная олигополия, где менее десятка крупных игроков контролируют более половины рынка<sup>5</sup>.

До последнего времени основным ответом на вызовы растущего дефицита продовольствия стало выведение в широкий оборот созданных в рамках т.н. «Зеленой революции» 70-80-х годов биотехнологий. Ключевой группой технологией такого типа стала генетическая инженерия, позволившая добиваться большей устойчивости растений и животных к различного рода индустриальным воздействиям, направленным на снижение стоимости аграрного производства – использованию гербицидов, антибиотиков и проч. Бизнес-модель в нише биотехнологических семян основана на продаже сельхозпроизводителям комплексного решения, включающего пестициды, гербициды и другие химические средства «защиты растений» и семена, наиболее устойчивые к данным химическим средствам. Как следствие, основными игроками на биотехнологическом рынке семян стали химические компании – Bayer, Monsanto, Dow Chemical, DuPont, Syngenta, BASF (т.н. «Большая шестерка»).

За последний год тенденция отраслевой консолидации значительно усилилась. Так, в четвертом квартале 2015 г. и в первом квартале 2016 г. были анонсированы сделки экономической концентрации беспрецедентного уровня. Одна из них стоимостью 130 млрд. долл. США является объединением компаний Dow Chemical и DuPont анонсирована в декабре 2015 г. По подсчетам отраслевых экспертов, объединенное предприятие сможет контролировать до 25% мирового рынка продаж высокоурожайных семян и порядка 16% мировых продаж пестицидов<sup>6</sup>. В феврале 2016 г. была анонсирована сделка о слиянии китайской госкорпорации ChemChina со швейцарской компанией Syngenta стоимостью 43 млрд. долл. США (ранее Syngenta отвергла предложение о поглощении со стороны компании Monsanto общей стоимостью 46,5 млрд. долл. США). Объединенный бизнес ChemChina и Syngenta в области семеноводства и пестицидов, согласно прогнозам, составит около 17 млрд. долл. США в год, таким образом выводя его на второе место в мире после объединенной компании DowDuPont.

---

<sup>4</sup> Lianos I., Katalevsky D., Ivanov A. The Global Seed Market, Competition Law and Intellectual Property Rights: Untying the Gordian Knot // Concurrences Review. NY : The Institute of Competition Law, 2016. Issue 2.

<sup>5</sup> Breaking Bad: Big Ag Mega-Mergers in Play // ETC Group. URL: <http://www.etcgroup.org/content/breaking-bad-big-ag-mega-mergers-play> (дата обращения: 25.04.2016).

<sup>6</sup> Global Agribusiness Mergers NOT a Done Deal // ETC Group. URL: <http://www.etcgroup.org/content/global-agribusiness-mergers-not-done-deal-0> (дата обращения: 25.04.2016).

Антимонопольные ведомства США и Европы, в основном, поддерживали такую экономическую концентрацию в отрасли, которая помимо корпоративных слияний включает создание совместных исследовательских учреждений и патентных пулов. Например, указанная «Большая шестерка», а с начала этого года уже «четверка» производителей биотехнологических семян контролирует более 75% мировых научных исследований и разработок в этой сфере. Такой мягкий подход к монополизации рынка семян объясняется обычно тем, что экономическая концентрация в высокотехнологичной сфере, которой стало сельское хозяйство, увеличивает инновации. При этом антимонопольные ведомства крайне мало внимания уделяли последствиям такой концентрации для функционирования глобальной продовольственной цепочки в целом и влиянию концентрации на рынке семян и пестицидов на следующие участки данной цепочки, на которых работают сельхозпроизводители.

В российской сельскохозяйственной отрасли возникла серьезная зависимость от зарубежных высокотехнологичных решений в области растениеводства и животноводства. Так, в области семеноводства по таким ключевым культурам, как кукуруза, подсолнечник и овощные культуры зависимость от импортируемого семенного фонда составляет от 40 до 60%, тогда как в сахарной свекле доля зарубежной продукции достигает 90-95%<sup>7</sup>. Еще выше доля импорта в животноводстве – например, современное эффективное птицеводство, свиноводство и молочное животноводство в России невозможно без импорта генетического материала. Вместе с импортом генетического материала импортируются и соответствующие технологии, включая содержание, разведение скота, чипирование, вакцинацию и т.п. В случае введения гипотетического эмбарго на поставку, например, вакцин, отечественным хозяйствам, использующим передовые технологии, может быть нанесен шоковый урон уже в течение первых 12 месяцев.

Состоявшийся переход сельскохозяйственного производства с местного на глобальный уровень требует и пересмотра подходов государственной политики в данной сфере. Сегодняшняя модель рыночного регулирования ставит национальные государственные системы в условия *de facto* отсутствия действенных механизмов контроля за экстерриториальными рисками. Для преодоления дисбалансов, которые могут привести к катастрофическим системным сбоям, продовольственная сфера должна рассматриваться в рамках антимонопольного регулирования через призму функционирования глобальной цепочки поставок и создания стоимости, а не как набор самостоятельных рынков<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Источник: Кочелягин Н. Рынок семян попал в зависимость // Агроинвестор. 2015. №11 (94). URL: <http://www.agroinvestor.ru/analytics/article/22504-rynok-popal-v-zavisimost/full/#cut> (дата обращения: 25.04.2016).

<sup>8</sup> О глобальной стоимостной цепочке см.: Gereffi G., Humphrey J., Sturgeon T. The Governance of Global Value Chains // *Review of International Political Economy*. 2005. Vol. 12. No.1. P. 78—104; Sobel-Read K. B. *Global Value Chains: A Framework for Analysis* // *Transnational Legal Theory*. 2014. Vol. 5. No. 3. P. 364—407.

Понимание динамики и логики функционирования глобальной продовольственной цепочки является залогом эффективности государственной политики в продовольственной сфере.

### **Семена: от общего к частному**

Семена – это начало глобальной продовольственной цепочки. Исторически семенной материал всегда был общим ресурсом. Сельхозпроизводители во всех странах мира сохраняли, пересаживали и перепродавали семена; обмен семенами между фермерами был основным способом развития новых сортов и признаков растений<sup>9</sup>.

Институт интеллектуальной собственности создал основу для возникновения частного рынка семян после «Зеленой революции» 70-80-х годов на Западе. Изначально финансируемая государством «Зеленая революция» привела к увеличению производительности семян, однако фермеры заплатили за это ценой своей независимости, так как до «революции» именно фермеры обеспечивали инновации в отрасли, поддерживая и улучшая биоразнообразие основных аграрных культур (то есть существовала децентрализованная и высоко фрагментированная инновационная среда)<sup>10</sup>. После «Зеленой революции» фермеры стали зависимыми от поставок закупаемых семян гибридных культур, что привело к возникновению коммерческого рынка семян. Необходимость использования удобрений и пестицидов усилила зависимость фермеров от коммерческого рынка. Развитие биотехнологий и геномной инженерии в 1990-х годах также оказало серьезное влияние на приватизацию и развитие семенной отрасли<sup>11</sup>. Гибридная культура обеспечивает большой урожай, но теряет свое преимущество в следующем поколении, что заставляет фермеров регулярно покупать новые семена. Генно-модифицированные (а с недавнего времени и измененные по технологии CRISPR/Cas) семена находятся сейчас в фокусе инновационных усилий в современном сельском хозяйстве, где ключевую роль играет «Большая четверка» агротехнологических компаний. Основная модель коммерциализации разработок «Большой четверкой» - это

---

<sup>9</sup> Llewelyn M. The Legal Protection of Biotechnological Inventions: An Alternative Approach // European Intellectual Property Review. 1997. Vol. 19 (3). P. 115—127. P. 117. Конвенция ООН о биологическом разнообразии, которая вступила в силу 29 декабря 1993 года, все еще признает важность общественных «знаний, нововведений и практик» и поощряет стороны Конвенции за «способствование их широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики», а также поощряет «совместное пользование на справедливой основе выгодами, вытекающими из применения таких знаний, нововведений и практики» (Статья 8(j)).

<sup>10</sup> См. Biggs S. D., Clay E. J. Sources of Innovations in Agricultural Technology // World Development. 1981. Vol. 9. P. 321—336. (Отмечается, что, если проводить различие между формальными и неформальными разработками в области сельского хозяйства, то следует признать, что фермеры играли и продолжают играть существенную роль в неформальных исследованиях и разработках в области сельского хозяйства).

<sup>11</sup> Lim D. Living with Monsanto // Michigan State Law Review. 2015. P. 559—663. P. 566-567.

использование прав интеллектуальной собственности и основанных на них сложно организованных лицензионных соглашений.

В семенной отрасли<sup>12</sup>, и Россия тут не исключение, интеллектуальная собственность включает два ключевых инструмента - патентуемые биотехнологические изобретения и селекционные достижения; хотя, конечно, и товарные знаки, и коммерческая тайна, и наименования мест происхождения товара также активно используются в данной сфере в бизнес-стратегиях семенных компаний<sup>13</sup>. Самое важное, что эти права (в разных комбинациях) позволяют семенным компаниям не допускать сохранения фермерами семян, препятствовать передаче семян другим фермерам, равно как не допускать использования своего генетического материала конкурирующими компаниями для разработки новых сортов<sup>14</sup>.

До совсем недавнего времени во всем мире область живой природы не считалась допустимым объектом для обращения в собственность путем патентной охраны. Так, лишь в 1980 г. в деле *Diamond vs Chakrabarty* Верховный суд США распространил действие патентной охраны на биологические разработки<sup>15</sup>. В 1985 году Ведомство по патентам и товарным знакам США (USPTO) расширило патентную защиту, распространив ее на генно-модифицированные организмы в деле *Ex Parte Hibberd*<sup>16</sup>. В 2001 году Верховный суд США в деле *J. E. M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer* впервые постановил, что патенты на изобретения могут быть выданы на сельскохозяйственную культуру или другие растения (размножающиеся половым путем), а также, наряду с патентом, сельскохозяйственные культуры могут дополнительно охраняться посредством прав на селекционные достижения<sup>17</sup>.

Ключевым отличием патентной охраны от охраны селекционных достижений является то, что патентная охрана позволяет запрещать любые формы использования запатентованного изобретения, в том числе запрещать фермерам сохранять и пересевать

---

<sup>12</sup> «Семенная отрасль» состоит из трех базовых компонентов: «исследование и селекция растений; производство семян; маркетинг и дистрибуция» - см.: Louwaars N. P. et al. Impacts of Strengthened Intellectual Property Rights Regimes on the Plant Breeding Industry in Developing Countries // World Bank Report. February 2005. URL: [http://www.iprsonline.org/resources/docs/LouwaarsCGN\\_Plants\\_05.pdf](http://www.iprsonline.org/resources/docs/LouwaarsCGN_Plants_05.pdf) (дата обращения: 25.04.2016). P. 28-29.

<sup>13</sup> См. Intellectual Property Rights and Contract Farming, Study 80-A – Doc. 1 Add. 18 // UNIDROIT. August 2014. URL: <http://www.unidroit.org/english/documents/2014/study80a/wg04/s-80a-01-add18-e.pdf> (дата обращения: 25.04.2016).

<sup>14</sup> Louwaars N. P. et al. Impacts of Strengthened Intellectual Property Rights Regimes on the Plant Breeding Industry in Developing Countries // World Bank Report. February 2005. URL: [http://www.iprsonline.org/resources/docs/LouwaarsCGN\\_Plants\\_05.pdf](http://www.iprsonline.org/resources/docs/LouwaarsCGN_Plants_05.pdf) (дата обращения: 25.04.2016). P. 27.

<sup>15</sup> *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

<sup>16</sup> 227 U.S.P.Q. 443 (Board of Patent Applications and Interferences, 1985).

<sup>17</sup> *J. E. M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 534 U.S. 124 (2001).

выращенные из купленных семян новые семена<sup>18</sup>. Охрана селекционных достижений в силу традиционной привязки к сельскохозяйственному производству включает больше возможностей по свободному использованию охраняемых сортов. Например, в США в рамках режима охраны селекционных достижений допускается сохранение и пересевание семян фермерами, а равно использование охраняемых сортов в последующей селекции<sup>19</sup>. Согласно российскому законодательству охрана селекционных достижений также менее требовательна к свободному использованию, чем патентная охрана<sup>20</sup>. В литературе отмечается, что переход США в 2001 г. к предоставлению патентной охраны биотехнологическим разработкам (в дополнение к действовавшей уже охране селекционных достижений на основе специальных законов<sup>21</sup>) был вызван тем, что традиционная охрана селекционных достижений была направлена на урегулирование отношений, прежде всего, между конкурентами – селекционерами, предоставляя довольно большую свободу действий для сельхозпроизводителей по использованию селекционных достижений в производстве (через различного рода прямые изъятия, а также широкое использование доктрины исчерпания исключительных прав); использование же для охраны прав на объекты живой природы общего патентного права обозначило смещение фокуса в стратегиях правообладателей на отношения с непосредственными пользователями – фермерами, а не с конкурентами-селекционерами<sup>22</sup>.

Многие исследователи также отмечают, что приход в сельскохозяйственную отрасль правовой охраны объектов живой природы с широкой опорой на обычные изобретательские патенты привело к переходу от инноваций, осуществляемых за счет государственного сектора, к инновациям, осуществляемым частным сектором, особенно в области растениеводческих технологий и молекулярных сельскохозяйственных биотехнологий<sup>23</sup>.

В Европе традиционно объекты патентных прав были более четко разведены по режимам регулирования – сорта растений и существенные биологические процессы исключены из области патентной охраны<sup>24</sup> с целью, в том числе ухода от параллельной охраны одного и

---

<sup>18</sup> Lim D. Living with Monsanto // Michigan State Law Review. 2015. P. 559—663. P. 567.

<sup>19</sup> Winston E. I. Sowing the Seeds of Protection // Wisconsin Law Review. 2014. P. 445—469. P. 448.

<sup>20</sup> См. ст. 1422 Гражданского кодекса Российской Федерации.

<sup>21</sup> Plant Patent Act of 1930 и Plant Variety Protection Act of 1970.

<sup>22</sup> Heimes R. S. Post-Sale Restrictions on Patented Seeds: Which Law Governs? // Wake Forest Intellectual Property Law Journal. 2009-2010. Vol. 10. No. 2. P. 98—152.

<sup>23</sup> Heisey P. W., King J. L., Rubenstein K. D. Patterns of Public-Sector and Private-Sector Patenting in Agricultural Biotechnology // AgBioForum. 2005. Vol. 8. No. 2, 3. P. 73—82.

<sup>24</sup> Статья 53(b) Европейской патентной конвенции. В соответствии с этой нормой, «Европейские патенты не выдаются в отношении: [...] (b) сорта растений или вида животных или преимущественно биологических процессов производства растений или животных; данная норма не применяется к микробиологическим процессам или продуктам». См. также Article 4(1) of Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, OJ 1998 L 213/13. Данная статья



того же объекта в рамках патентного права и *sui generis* регулирования в отношении селекционных достижений, вытекающего из Конвенции международного союза по охране новых сортов растений<sup>25</sup>. Однако Европейская Директива 98/44/ЕС о правовой охране биотехнологических изобретений сделала возможным патентование объектов живой природы, если осуществимость изобретения с технической точки зрения не ограничивается конкретным сортом растений<sup>26</sup>. В 1999 году расширенный Апелляционный совет Европейского патентного бюро указал, что «(а) патент не может быть предоставлен на сам сорт растений, но может быть предоставлен, если сорт соответствует общим патентным требованиям»<sup>27</sup>. Действительно, согласно пункту 31 Декларативной части указанной Директивы о биотехнологических изобретениях «группа растений, объединенная определенным геном (а не всем геномом, как в случае с сортом), не подлежит охране как селекционное достижение и поэтому на такую группу возможно распространение патентной охраны, даже если она состоит из новых сортов растений». Сорты растений также могут охраняться патентом, если они являются прямым результатом запатентованного небиологического технического процесса. В самых последних своих решениях расширенный Апелляционный совет Европейского патентного бюро еще больше ограничил применение нормы ст. 53(b) об исключениях из патентоспособности объектов живой природы, в том числе и в отношении патентных заявок на продукт, который напрямую получен и/или определен «преимущественно биологическим процессом». Апелляционный совет указал, что «тот факт, что единственный доступный на дату подачи патентной заявки метод воспроизводства предмета заявки является преимущественно биологическим процессом производства растений, раскрытым в заявке, не делает патентную заявку в отношении растений или растительного материала, отличных от сортов растений, недопустимой»<sup>28</sup>. Можно сказать, что расширенный Апелляционный совет пришел к выводу, что норма ст. 53(b) об исключениях из патентоспособности Европейской патентной конвенции в отношении

---

устанавливает, что «преимущественно биологические процессы производства растений или животных не подлежат патентованию».

<sup>25</sup> Международная конвенция по охране новых сортов растений от 2 декабря 1961 г., 815 U.N.T.S. 89 (пересмотренная 10 ноября 1972 г., 23 октября 1978 г. и 19 марта 1991 г.).

<sup>26</sup> Статья 4(2) Европейской Директивы 98/44/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС о правовой охране биотехнологических изобретений, OJ 1998 L 213/13. В соответствии со ст. 2 Директивы 98/44/ЕС, «(а) процесс производства растений или животных является преимущественно биологическим процессом, если он полностью состоит из естественных процессов, таких как скрещивание или селекция».

<sup>27</sup> Transgenic Plant/NOVARTIS II, G 001/98 [2000] OJ 111.

<sup>28</sup> Enlarged Board of Appeal, EPO, Appeal number T 1242/06, Case G 0002/12, Tomato II (March 25, 2015); Enlarged Board of Appeal, EPO, Appeal number T 0083/05 - 3.3.04, Case G 0002/13, Broccoli II (March 25, 2015). Стоит заметить, что Апелляционный совет подчеркнул, что «не существует единого понимания того, какими должны быть возможные ограничения нормы об исключениях из патентоспособности» (case G002/13, p. 41). Следовательно, норма ст. 53(b) Европейской Патентной об исключениях из патентоспособности в части «преимущественно биологических процессов производства растений» не распространяет свое действие только на биологические селекционные процессы в узком смысле, а не на все вообще результаты, полученные посредством биологических процессов.

«преимущественно биологических процессов производства растений» подлежит узкому толкованию и должна ограничиваться только этими процессами, не применяясь к продуктам, полученным таким способом. Следовательно, продукт, полученный «преимущественно биологическим способом воспроизводства растений или животных» может быть объектом патентования при соблюдении следующих условий: (i) соблюдены условия патентоспособности (новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость), (ii) предмет заявки определен как продукт или как способ получения продукта, и (iii) патент не испрашивается на отдельный вид растения, так как самостоятельные виды растений и животных прямо исключены из объектов патентования в соответствии со ст. 53(b) Европейской Патентной Конвенции.

Такой подход является очень благоприятным для крупных сельскохозяйственных корпораций<sup>29</sup> и противоположен ограничительному подходу, свойственному патентному законодательству некоторых стран Евросоюза, исключающему возможность патентования растений, полученных «преимущественно биологическим способом»<sup>30</sup>.

Распространение на объекты живой природы общего режима промышленной собственности остро поставило вопрос о резком сокращении доступа ко всему богатству живой природы для сельхозпроизводителей и потребителей. Исторически правительства многих развивающихся стран очень критически относились к приватизации объектов живой природы через институты интеллектуальных прав, «во-первых, из-за их собственного (различного) национального опыта установления права собственности на биологические ресурсы, и во-вторых, поскольку патентование стало главным механизмом для захвата (и эксплуатации корпорациями развитых стран) природных ресурсов и их генетических материалов»<sup>31</sup>. Например, известно, что Католическая церковь в Бразилии активно выступала за отказ от патентной охраны объектов живой природы<sup>32</sup>. Но есть и аргументы экономического характера, основанные на несправедливом распределении доходов от использования генетических ресурсов. Так, многие развивающиеся страны считают, что режим интеллектуальной собственности в отношении объектов живой

---

<sup>29</sup> См. дискуссию в Minssen T., Nordberg A. The Impact of Broccoli II & Tomato II on European Patents in Conventional Breeding, GMO's and Synthetic Biology: The Grand Finale of a Juicy Patents Tale? // *Biotechnology Law Report*. 2015. Vol. 34. No. 3. P. 81—98.

<sup>30</sup> Enlarged Board of Appeal, EPO, Appeal number T 0083/05 - 3.3.04, Case G 0002/13, Broccoli II (March 25, 2015), P. 64-65 [Part VIII(2)6d]. Расширенный Апелляционный совет в этом деле цитирует недавние изменения Немецкого Патентного Закона 1936г. (с изменениями от 2013г.) и Голландского Патентного Закона 1995 (с изменениями от 2014г.). Однако, как отметил Апелляционный Совет, «подобные изменения не были проведены в Англии, Франции, Австрии и Швейцарии». Посмотрим, последует ли Европейский суд справедливости такому узкому толкованию нормы об исключениях из патентоспособности результатов, полученных преимущественно биологическим путем, при толковании нормы ст. 4(1) Директивы по биотехнологиям.

<sup>31</sup> May C., Sell S. K. *Intellectual Property Rights: A Critical History*. Boulder, Colo : Lynne Rienner Pub, 2006. 253 p. P. 191.

<sup>32</sup> Chen J. M. *Biodiversity and Biotechnology: A Misunderstood Relation* // *Michigan State Law Review*. 2005. Vol. 51. P. 51—102. P. 57.

природы был включен в глобальную повестку развитыми странами только тогда, когда значительные генетические ресурсы были уже бесплатно изъяты ими из стран развивающихся (как правило, тропических, в которых находятся основные генетические ресурсы)<sup>33</sup>.

Как результат жесткой оппозиции развивающихся стран, Соглашение ТРИПС 1995 г. не требует от государств предоставление патентной охраны на объекты живой природы. Однако оно предписывает создание некой самостоятельной модели охраны - *sui generis*. Статья 27.3(b) позволяет членам ВТО исключить из объектов патентования «растения и животных, за исключением микроорганизмов, и преимущественно биологические процессы, необходимые для производства растений и животных, отличные от небиологических и микробиологических процессов», однако для сортов растений государство должно обеспечить защиту посредством установления патентов или «эффективной системы *sui generis*». Однако ВТО не определяет, что именно понимается под «эффективной системой *sui generis*».

Таким режимом принято считать предоставление охраны селекционным достижениям на основании Конвенции международного союза по охране новых сортов растений (УПОВ), которая была принята в 1961 году, в том числе с целью охраны интересов фермеров и производителей посредством введения исключений, позволяющих фермерам сохранять семена от одного посевного сезона к другому, а производителям – использовать защищенные семена в научных целях<sup>34</sup>. УПОВ – это межправительственная организация, большинство членом которой являются развитыми индустриальными странами, она устанавливает общие правила признания и защиты сортов растений по всему миру. Право на селекционное достижение представляло собой главную форму *sui generis* защиты прав на сорта растений, пока, как мы отмечали выше, Верховный суд США в деле *Diamond v. Chakrabarty* не предоставил возможность патентования живых организмов.

Право на селекционное достижение дает растениеводам-селекционерам права, похожие на патентные. Эти *sui generis* права охраняют генетическое строение сорта растений; критериями охраны являются новизна, различительная способность, однородность и стабильность. Режим охраны селекционных достижений предоставляет разработчику новой комбинации генов, которая демонстрируется отличительным, однородным и стабильным сортом (фенотипом сорта), набор прав без какой-либо необходимости доказывания изобретательского уровня или конкретной полезности, поскольку права предоставляются только на основе оценки ценности сорта, определяемой с позиций генетического качества сорта.

---

<sup>33</sup> Там же, С. 54

<sup>34</sup> Международная конвенция по охране новых сортов растений от 2 декабря 1961 г., 815 U.N.T.S. 89 (пересмотренная 10 ноября 1972 г., 23 октября 1978 г. и 19 марта 1991 г.).

Хотя законы о защите сортов растений могут содержать исключения для селекционеров, позволяя им использовать защищенные сорта для дальнейшей селекции, а фермерам сохранять семена после урожая, условия применения этих исключений по мере развития данного режима регулирования под воздействием индустриального лобби становились все более ограничительными, что сближало данный режим с патентным. Эта тенденция была легализована после принятия в 1991 г. новой редакции Конвенции УПОВ. После указанной трансформации режима УПОВ в результате прямого или косвенного давления со стороны развитых стран, права на селекционные достижения были постепенно имплементированы в законодательства большинства развивающихся стран, что делалось, как правило, в рамках переговоров о заключении договоров о поощрении инвестиций и свободной торговле, содержащих обязанность развивающихся стран соблюдать правила УПОВ.

Имплементация правил УПОВ и других форм охраны интеллектуальных прав в области биологических ресурсов в законодательства развивающихся стран подчеркивает существенное противоречие между разными подходами к стимулированию инноваций в этой области. Традиционные подходы, основанные на принципах обмена и открытого доступа к знаниям, вошли в конфликт с ограничительным подходом, основанным на приватизации генетической информации и контролем методов производства. Некоторые развивающиеся страны пошли по пути создания действительно *sui generis* систем охраны в данной сфере, отказавшись от унифицированного подхода, навязываемого в рамках торговых переговоров развитыми странами. Так, например, в Индии объем правовой охраны в области биологических ресурсов определен так, чтобы обеспечить более широкие возможности для доступа к генетической информации как сельхозпроизводителей, так и селекционеров. Закон Индии об охране сортов растений и прав фермеров (PVPFR), который вступил в силу в 2007 году, содержит положение о том, что селекционер или любое другое лицо, уполномоченное производить, продвигать на рынке, продавать семена зарегистрированного сорта, должны сделать эти семена или репродукционные материалы доступными фермерам «своевременно» с целью «удовлетворения их потребностей» по «разумной рыночной цене»<sup>35</sup>. Ряд положений Закона PVPFR прямо или косвенно признают специфические права фермеров или устанавливают определенные права для фермеров и фермерского сообщества<sup>36</sup>. В соответствии с Законом PVPFR, фермеры имеют право «сохранять, использовать, сеять, пересевать, обменивать, распространять или продавать продукцию фермы, включая семена охраняемого сорта», которые они имели и до принятия Закона, за исключением

---

<sup>35</sup> Закон Индии об охране сортов растений и прав фермеров, 2003 (с изменениями от 2012), Правило 36А.

<sup>36</sup> Koonan S. India's Sui Generis System of Plant Variety Protection // Quaker United Nations Office. 2014. Briefing Paper No. 4. URL: <http://www.quno.org/sites/default/files/resources/QUNO%20India%20-%20plant%20variety%20protection%20-%202014.pdf> (дата обращения: 25.04.2016).

права продавать брендированные семена охраняемого сорта. Фермеры имеют право на признание и вознаграждение в случаях, когда сохраненный и улучшенный ими генетический материал используется в разработке новых сортов. Фермеры имеют также право требовать от селекционера вознаграждение, если приобретенный ими сорт не соответствует информации, предоставленной селекционером. Наконец, фермеры не подлежат ответственности за невинное нарушение прав правообладателей. Очень важно, что уполномоченное ведомство Индии по указанному закону имеет право выдать принудительную лицензию по истечении трех лет с момента регистрации сорта, если селекционер не удовлетворял разумные потребности общества в семенах или другом репродукционном материале, или если семена или репродукционный материал не были предложены обществу по разумной цене. Характерно, что возможность принудительного лицензирования предусматривает и Европейская директива о биотехнологических изобретениях в случаях, когда без получения такой лицензии селекционер не может получить или использовать право на селекционное достижение, необходимое ему в работе над новыми сортами. Такое лицензирование предусматривает уплату вознаграждения на справедливых условиях<sup>37</sup>. Тем не менее, в Европе условия обращения за принудительными лицензиями достаточно ограничительные, поскольку заявители должны продемонстрировать, что «(а) их обращение к владельцу патента или права на селекционное достижение по поводу договорной лицензии не было успешным; (б) сорт растений или изобретение являются прогрессивными и поэтому представляют значительный экономический интерес по сравнению с объектами патента или правами на селекционное достижение, в отношении которых испрашивается принудительная лицензия»<sup>38</sup>.

### **Новая модель семеноводства: вызовы для антимонопольного права и политики**

Таким образом, трансформация регулирования прав на объекты живой природы привела к стремительному росту коммерческого рынка семян за последние 20 лет. Однако использование интеллектуальной собственности для семенного бизнеса создало целый ряд моделей поведения и практик, которые выходят далеко за границы линейной коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности. Некоторые из этих практик вызывают существенные вопросы с точки зрения антимонопольного регулирования и эффективного функционирования глобальных продовольственных цепочек.

Получение патентной охраны для семенных компаний означало переход к модели продажи семян, основанной на лицензионных соглашениях, а не на договорах купли-

---

<sup>37</sup> Статья 12, Статья 4(2) Европейской Директивы 98/44/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС о правовой охране биотехнологических изобретений, OJ 1998 L 213/13.

<sup>38</sup> Там же.

продажи. Переход к такой модели в полной мере был невозможен в рамках института охраны селекционных достижений, поскольку, как мы сказали выше, в большинстве правовых систем, в том числе в США, этот режим позволяет фермерам сохранять и пересевать семена даже при наличии интеллектуальных прав у семенных компаний. Кроме того, регулирование селекционных достижений, как правило, более ограничительно с точки зрения доказывания нарушения прав (учитывая, что охрана предоставляется по фенотипическим признакам сорта) и допустимых лицензионных практик. Эти ограничения отрасли удалось снять через уход от охраны селекционных достижений к биотехнологическим патентам.

Основным инструментом продажи семян в новой модели стали лицензионные соглашения с большим количеством детальных условий использования семян, в частности, с условиями, запрещающими фермерам сохранять семена и использовать их для следующей посевной кампании, что позволяет обладателям патентов контролировать фермеров с помощью договорных обязательств. Примером может служить т.н. «договор о передаче технологии» компании Monsanto, по которому продаются семена под торговой маркой Roundup Ready. Данный договор довольно жестко регламентирует процесс обращения фермера с семенами с целью недопущения их последующего использования и пересевания. Нарушение этого регламента может рассматриваться как договорное правонарушение, влекущее draconianские санкции: фермер, которого поймали на нарушении регламента, обязан заплатить 120-тикратный размер цены, заплаченной за технологию, и судебные издержки. Исполнение этих условий договора обусловлено возможностью проведения постоянной проверки полей фермера сотрудниками Monsanto. Механизмом разрешения споров по умолчанию является арбитражное разбирательство, имеющее обязательную силу. Многие исследователи обращают внимание, что эти договорные ограничения традиционного для фермеров поведения по сохранению и обмену семенами ограничивают фермеров также и в исследовании и разработке новых видов семян, а поэтому представляют собой существенное ограничение для инновационной деятельности. В свою очередь Monsanto считает, что такие договорные практики – это единственный эффективный способ возврата инвестиций в научно-исследовательские работы.

Другим инструментом в семенной отрасли, основанным на институте интеллектуальной собственности, но не являющимся способом реализации интеллектуальных прав, стало повсеместное использование т.н. биологических инструментов для защиты интеллектуальных прав. В числе таких инструментов – мужская цитоплазматическая стерилизация, который является одним из самых эффективных методов производства гибридных семян, лишенных возможности к самовоспроизводству. Другим биологическим инструментом защиты является технология ограничения генетического использования (GURT), которая предотвращает сохранение семян фермерами, т.к.

генетически спроектированные растения не будут прорастать в последующих поколениях или не будут воспроизводить специальные признаки (например, устойчивость к гербицидам), которые охраняются интеллектуальными правами, если только не опрыскать их специальными химикатами для активации соответствующего гена. Такие инструменты биологической защиты становятся все более популярным средством закрепления своей рыночной власти, основанной на биотехнологических разработках со стороны семенных гигантов. Технологии биологической защиты сами также находятся под охраной патентного права, и принадлежат лишь нескольким мировым семенным компаниям.

Новая среда, основанная как на собственности на объекты живой природы, так и на сложноструктурированных практиках контрактации и использования технологических средств защиты превращает сельскохозяйственный рынок в его самой важной – начальной стадии цепочки создания стоимости – в закрытую систему. Это затрудняет включение государственных институтов в процесс инноваций в семенной индустрии и продвижение открытого доступа и духа свободного обмена, которые превалировали до расширения сферы действия собственнических моделей в этой отрасли. Указанные стратегии повлияли на резкий рост экономической концентрации семенной отрасли, ставшей результатом волны слияний и поглощений и консолидации патентных прав. Так, например, собственники и разработчики запатентованных семян осуществляют рыночную концентрацию путем заключения взаимных лицензионных соглашений, направленных на включение запатентованных технологий (в большинстве случаев это технологии компании Monsanto) в семенную продукцию друг друга. Соглашения о взаимном лицензировании, заключенные между компанией Monsanto и ее конкурентами на рынке семян, позволяют компании Monsanto контролировать использование своих объектов ее конкурентами и формирует состояние взаимной координации, в полной мере напоминающее картель. Однако в силу действующих в большинстве правопорядков изъятий для картелизации в сфере совместных исследований и разработок, такие формы картеля пока выпадают из-под антимонопольного регулирования. В ряде случаев регуляторы, все же, реагируют на картелизацию через взаимное лицензирование. Так, в 2006 г. компания Syngenta приобрела у компании Monsanto предприятие по производству семян подсолнуха. Европейская комиссия выразила беспокойство относительно возможных эффектов подобного слияния, которые устранят основного конкурента на рынке семян подсолнечника в Испании и Венгрии. Также Комиссия выразила беспокойство в отношении обмена и лицензирования прав на сорта подсолнечника, поскольку стороны слияния приобретут возможность ограничивать доступ конкурентов к средствам производства, что приведет к избыточной коммерциализации рынка семян подсолнечника. В конечном итоге это бы привело к сокращению инноваций и выбора гибридов семян подсолнечника для потребителей. В ответ на указанные опасения компания Monsanto согласилась сократить долю гибридов подсолнечника, а также родительских линий, используемых для создания таких гибридов, права на которые

подлежали взаимному лицензированию<sup>39</sup>. Минюст США применил также антимонопольные меры для предотвращения возможного ограничения конкуренции лицензионными договорами, заключенными компанией Monsanto и производителями семян кукурузы DeKalb и семян хлопчатника Delta и Pine Land. Компания Monsanto была обязана отказаться от ограничений по сохранению излишка семян в отношении своих лицензиатов, предоставить широкий доступ через лицензирование к генетическим материалам и избавиться от части активов идиоплазмы и семян<sup>40</sup>. Компания Monsanto, занимая доминирующее положение на рынке генетических технологий, приобрела несколько независимых семенных компаний в период середины 1990-х и конца 2000-х годов, значительно усилив свои позиции на рынке трансгенных семян, последствием чего стало создание вертикально интеграционных платформ генных технологий и трансгенных семян<sup>41</sup>. Для того чтобы сочетать семенные признаки, новому разработчику необходимо сочетать его собственные технологии с технологиями компании Monsanto или иных конкурентов. Учитывая ограниченное число комбинаций генетических признаков, которые могут быть созданы, и значительную долю Monsanto в собственности на генетические семенные признаки, многие биотехнологические разработки разных компаний сегодня содержат генные признаки, принадлежащие компании Monsanto<sup>42</sup>.

Лицензионные соглашения компании Monsanto с фермерами запрещают традиционную практику сохранения фермерами семян от собранного урожая для засева в следующем сезоне, тем самым ограничивая конкуренцию семян, выращенных фермерами, и, таким образом, Monsanto фактически использует свои интеллектуальные права для усиления рыночной власти на рынках, не связанных напрямую с исследованиями и разработками. У фермеров есть три источника покупки семян: (i) приобрести новые семена у семенных компаний, государственных институтов и дилеров, (ii) сохранить часть собственного урожая на семена и (iii) продать зерновым дилерам часть урожая в обмен на семена<sup>43</sup>. Посредством подписания ограничительных лицензионных соглашений семенные компании сокращают возможности фермеров и, таким образом, способны увеличивать размер лицензионных платежей и цен на семена.

---

<sup>39</sup> Case No COMP/M.5675-Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business, C(2010) 7929 final.

<sup>40</sup> Moss D. L. Competition, Intellectual Property Rights, and Transgenic Seed // South Dakota Law Review. 2013. Vol. 58. P. 543—559. P. 546.

<sup>41</sup> Там же.

<sup>42</sup> Lim D. Living with Monsanto // Michigan State Law Review. 2015. P. 559—663. P. 636. Автор отмечает, что технология Roundup Ready компании Monsanto «стала стандартом отрасли или фактически стандартным патентом», что сделало возможным обращаться за получением принудительных лицензий на основании доктрины недискриминационного доступа к ключевым технологиям или доктрины злоупотребления патентными правами.

<sup>43</sup> Srivastava J. P., Jaffee S. Best Practices for Moving Seed Technology: New Approaches to Doing Business // World Bank Technical Paper No. 213. Washington D.C. : The World Bank, 1993.



Семенные компании также активно используют свои интеллектуальные права и противодействуют тому, что они называют «семенному пиратству», подавая множественные судебные иски о нарушениях патентов, даже в тех случаях, когда сельскохозяйственные угодья были непреднамеренно засорены соседскими генетически модифицированными культурами. Эта стратегия во многом напоминает патентный троллинг, суть которого в создании давления на участников рынка за счет агрессивной претензионной работы. Такая стратегия дает эффект, особенно, если между агрессором и жертвой большой дисбаланс в имеющихся в распоряжении ресурсах для судебной работы. Такие иски вполне могут быть квалифицированы как форма злоупотребления рыночной властью, выразившегося в навязывании невыгодных договорных условий, фактическом требовании об исключительном дилерстве, или в ограничении доступа к существенным ресурсам, а также ограничении инновационной деятельности, в частности, в форме включения в соглашения о взаимном лицензировании ограничений возможности объединения конкурирующими семенными компаниями охраняемых семенных признаков и своих семенных признаков<sup>44</sup>. Тем не менее, в последнее время отмечается, что подобные аргументы защиты, как правило, остаются без удовлетворения<sup>45</sup>. В то же время, лицензионные соглашения компании Monsanto в некоторых странах были признаны соглашениями, дающими компании возможность влиять на принятие стратегических решений компаниями-лицензиатами. Такие соглашения настолько глубоко влияют на рыночную автономию лицензиатов, что вполне подпадают под определение экономической концентрации<sup>46</sup>. Так, Административный совет по экономической защите Бразилии (CADE) одобрил с ограничениями четыре сделки, включая лицензионные соглашения, посредством которых компания *Monsanto do Brasil Ltda* наделяла другие компании полномочиями на территории Бразилии по разработке, производству и покупке семян соевых бобов с технологией Intact RR2 PROTM, принадлежащей Monsanto. CADE обусловило одобрение таких сделок изменением условий, согласно которым компания Monsanto имела право влиять на стратегические решения лицензиатов. Такое влияние распространялось не только на решения об использовании технологии Intact, но и в широком смысле на производственный процесс лицензиатов-фермеров. Согласно условиям договора, также был установлен механизм вознаграждения для лицензиатов, зависящий от продаж продукции Intact и продаж сертифицированных семян конкурентов Monsanto. В случае, если лицензиат принимает решение об увеличении производства за счет использования запатентованного продукта конкурирующей компании, вознаграждение за производство продукции, произведенной с использованием технологии

---

<sup>44</sup> Moss D. L. Competition, Intellectual Property Rights, and Transgenic Seed // South Dakota Law Review. 2013. Vol. 58. P. 543—559. P. 546.

<sup>45</sup> Там же.

<sup>46</sup> Marques de Carvalho V. Agreements and Competition Enforcement: The Choice between Preventive and Repressive Channels: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute ; ed. B. Hawk. 2014. P. 37—47. P. 41-42.

Intact, будет соразмерно уменьшено. Таким образом, конкуренты Monsanto вынуждены корректировать цену сделки, повышая вознаграждение производителю, готовому использовать их семена, для компенсации потерь этого производителя, которые станут следствием использования производителем технологии конкурента Monsanto. Развитие подобного «контрактного сельского хозяйства»<sup>47</sup>, включение фермеров в долгосрочные отношения с несколькими компаниями, контролирующими рынок биотехнологических семян, по модели «бери, что дают или уходи», привело к сокращению доли дохода фермеров, и переходу львиной доли дохода к крупнейшим семенным компаниям.

В 2013 г. в ключевом для отрасли деле *Bowman v. Monsanto* Верховный Суд США сократил сферу действия доктрины исчерпания патентных прав в отношении семян, указав, что продажа первого поколения семян не исчерпывает защиту прав для будущих поколений. Фермер, который приобрел семена для выращивания, не может посеять новый урожай, используя семена, полученные от первого урожая, поскольку, как отметил Суд, такие действия должны рассматриваться как *воссоздание* запатентованного продукта, а не *повторное использование* или *продажа* семян, которые были приобретены<sup>48</sup>. Пожилого фермера из Индианы Хью Боумана признали нарушившим два патента компании Monsanto, поскольку он «создал» копии генетически модифицированных, устойчивых к гербицидам семян соевых бобов посредством простой посадки, выращивания, сбора, сохранения и повторной посадки запатентованных семян. История данного дела заслуживает отдельного рассказа, но для настоящей статьи лишь отметим, что Хью Боуман оказался заложником нового толкования доктрины исчерпания исключительных прав, которая на протяжении многих лет действовала в сфере промышленной собственности. Введение в оборот или т.н. «первая продажа» вещи исчерпывает интеллектуальные права. Применительно ко всем иным объектам промышленной собственности вопрос, поставленный в деле Боумана, никогда не возникал, поскольку ни станки, ни оборудование, не имеют свойства самовоспроизводства как семена. А живые организмы до самого последнего времени не были объектами патентной приватизации. Решившись на распространение патентной охраны на формы жизни, американский законодатель (в данном случае Верховный суд) вынужден был начать видоизменять ключевые принципы и доктрины, на которых был построен институт промышленной собственности. В каком-то смысле, это стало платой за введение в старую модель промышленной собственности новой и несвойственной для нее области живой природы.

---

<sup>47</sup> Hart N. E. The Age of Contract Agriculture: Consequences of concentration in Input Supply // Journal of Agribusiness. 2000. Vol. 18(1). P. 115—127; MacDonald J. et al., Contracts, Markets, and Prices: Organizing the Production and Use of Agricultural Commodities // Agricultural Economic Report. 2004. No. 837. URL: [http://www.ers.usda.gov/media/284610/aer837\\_1\\_.pdf](http://www.ers.usda.gov/media/284610/aer837_1_.pdf) (дата обращения: 25.04.2016).

<sup>48</sup> *Bowman v. Monsanto Co.*, 133 S. Ct. 1761 (2013).

Технологии Roundup и Roundup Ready компании Monsanto с тех пор перешли в общественное достояние, так как патент истек в 2015 году. Однако компания Monsanto запатентовала технологию Genuity™ Roundup Ready 2 Yield для, по сути, аналогичного семенного признака, и эти семена охраняются теперь новым патентом на изобретение, который не истечет до конца следующего десятилетия. В то же время, для того, чтобы на рынок вышли семена, воспроизводящие технологии Roundup и Roundup Ready компаниям, производящим семена-дженерики, необходим доступ к данным, которыми владеет компания Monsanto, позволяющим проводить исследования и тестирования. Данная проблема семенной отрасли сильно напоминает ситуацию в сфере фармацевтики, в которой компании, владеющие патентами на популярные препараты, применяют все возможные стратегии по неформальному продлению срока действия патентов после их официального истечения. Применительно к таким практикам владельцев исключительных прав в фармацевтическом секторе, получивших название «вечнозеленого» поддержания патентной охраны, в антимонопольном праве США и Европы уже разработаны и применяются антимонопольные доктрины, борющиеся с подобными проявлениями (например, дела *FTC v. Actavis* в США<sup>49</sup> и *Astra Zeneca* в ЕС<sup>50</sup>). Вероятно, назрела необходимость применения аналогичных подходов и в семенной отрасли для ускорения вывода дженериковых аналогов популярных трансгенных сортов, поскольку возможность конкуренции дженериков в сфере трансгенных семян также будет ограниченной, если не начать проводить последовательную государственную политику по стимулированию вывода дженериков высокопроизводительных семян на рынок через раскрытие доступа к данным испытаний и иной существенной исследовательской информации<sup>51</sup>.

Система договорных лицензионных ограничений и иных инновационных моделей охраны биотехнологических разработок ведет к созданию интегрированных вертикальных платформ, заменяющих собой традиционные рынки в сельскохозяйственной отрасли. Как отмечает Диана Мосс, президент Американского антимонопольного института: «[...] организация отрасли трансгенных семян фундаментально изменилась в течение последних двух десятилетий в результате перехода от отдельных собственников биотехнологических и семенных активов к интегрированным платформам. Такие платформы состоят из трех основных уровней: (1) разработки, включающие технологии генетической трансформации и геномов; (2) генетические признаки, которые выражены в агрономии, включая устойчивость к насекомым (Bt) и устойчивость к гербицидам (Ht); и (3) ультрасовременные семена, содержащие генетические признаки, основным поставщиком которых для фермеров являются семенные компании. Большинство существующих

---

<sup>49</sup> *Federal Trade Commission v. Actavis*, 133 S.Ct. 2223 (2013).

<sup>50</sup> Case C-457/10 P, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission*, ECLI:EU:C:2012:770.

<sup>51</sup> Moss D. L. Transgenic Seed. The High Technology Test for Antitrust? // *Competition Policy International*. 2010. Vol. 2.

трансгенных семян содержит многоступенчатые или «пакетированные» генетические признаки»<sup>52</sup>.

Такие семенные платформы могут быть созданы для безобидных целей, например, для экономии на исследовательской координации. Однако они могут возникать и вследствие целенаправленного усиления рыночной власти в рамках глобальной цепочки поставок посредством контроля над запатентованной технологией и дистрибьюторскими каналами поставки трансгенных семян фермерам<sup>53</sup>. Частично это стало результатом распространения и усиления роли интеллектуальной собственности в этой сфере.

Антимонопольные ведомства должны поддерживать конкуренцию как внутри платформ, так и между платформами, учитывая консолидацию отрасли и доминирующее положение некоторых мировых семенных компаний, которые посредством приобретения в собственность или заключения огромного количества взаимных лицензионных договоров или договоров о ведении совместной деятельности контролируют большие, совершенно закрытые семенные биотехнологические платформы, что может быть изменено только в результате маловероятного появления конкурирующих платформ. Это может привести к монополии одной компании и потере конкурентами права доступа к технологии, за что и критикуют внутреннюю конкуренцию платформ. Проведение более активного антимонопольного контроля *ex ante* (посредством контроля слияний) и контроля *ex post* (злоупотребление доминирующим положением, заключение соглашений, ограничивающих конкуренцию) в этой отрасли и увеличение правительственного финансирования исследований могут простимулировать развитие альтернативных платформ. Более того, переход генетического материала и зародышевых семенных признаков в общественное достояние может способствовать инновационному развитию за счет стимулирования конкуренции в данной сфере<sup>54</sup>.

Превращение фермеров из предпринимателей, принимающих на себя риски, что является важным стимулом к инновациям, в агентов или наемных работников семенных компаний, получающих фиксированное вознаграждение, ведет к сворачиванию инновационной

---

<sup>52</sup> Moss D. L. Transgenic Seed Platforms: Competition Between a Rock and a Hard Place? // AAI Submission. 2009. P. 2.

<sup>53</sup> Там же.

<sup>54</sup> По вопросу необходимости режима общественного достояния для генетической информации см., в частности, Crop Genetic Resources as a Global Commons ; eds. M. Halewood, I. López Noriega, S. Louafi. London : Earthscan, 2013. 424 p.; Falcon W. P., Fowler C. Carving up the Commons—Emergence of a New International Regime for Germplasm Development and Transfer // Food Policy. 2002. Vol. 27. P. 197—222. Также: Global Environmental Commons: Analytical and Political Challenges in Building Governance Mechanisms ; eds. E. Brousseau, T. Dedeurwaerdere, P.-A. Juvet, M. Willinger. Oxford University Press, 2012. 464 p.; Dedeurwaerdere T., Melindi-Ghidi P., Broggiato A. Global Scientific Research Commons under the Nagoya Protocol: Towards a collaborative economy model for the sharing of basic research assets // Environmental Science & Policy. 2016. Vol. 55. Part 1. P. 1—10.

активности на уровне сельхозпроизводителей. В определенном смысле, обозначенные тенденции могут привести к тому, что фермеры и семенные компании станут, по сути, «единым предприятием», что отменит какую-либо самостоятельную творческую активность в производственном звене глобальной продовольственной цепочки.

## **Заключение**

Стремительная экономическая концентрация на мировом рынке семян, ставшая следствием проникновения в отрасль не свойственных для нее правовых режимов, таких как патентная охрана, детальные регламентные лицензионные соглашения, устанавливающие, по сути, условия ведения хозяйственной деятельности сельхозпроизводителями, и патентные пулы, агрегирующие результаты научно-технической активности в отрасли, ведет к возникновению устойчивой олигополии на этом важном участке глобальной продовольственной цепочки. Концентрация, идущая под лозунгом интенсификации инновационной деятельности, сказывается и на многих других аспектах функционирования глобальной продовольственной цепочки, в том числе в части снижения инновационной активности сельхозпроизводителей. Создание фактически закрытых вертикально-интегрированных семенных платформ может в ближайшей перспективе вести к сдерживанию инноваций. На повестке для стоит и более общий вопрос о распределении выгод от такой инновационной модели для игроков на различных участках глобальной продовольственной цепочки. Сегодня сельхозпроизводители передают функции, такие, как управление рисками, агротехнологическим компаниям, что порождает неформальную вертикальную интеграцию мирового масштаба на производственном участке глобальной продовольственной цепочки, социальные последствия которой еще малоизучены. Практически не ведется оценка ускоряющейся экономической концентрации, включая обмен правами интеллектуальной собственности, с точки зрения публичных интересов и международных обязательств, таких как сохранение биоразнообразия, обеспечение устойчивого развития, права на еду и т.д.<sup>55</sup> Вопросы создания условий для общедоступности генетических ресурсов и генных технологий, равно как и формирования рынка дженериков биологических культур все еще не находят своих ответов в мерах государственной политики, в том числе антимонопольного регулирования в России и других развивающихся странах.

---

<sup>55</sup> Биологическое разнообразие защищается на международном уровне Конвенцией по биологическому разнообразию, принятой в 1992 г. Обеспечение справедливого и равного доступа к выгодам от использования генетических ресурсов предусмотрено также Нагойским Протоколом о доступе к генетическим ресурсам, дополнительному соглашению к Конвенции по биологическому разнообразию, принятому в 2010 г. (вступившему в силу в 2014 г.). Нагойский Протокол устанавливает ключевые обязательства для договаривающихся сторон, включая меры, принимаемые на национальном уровне для создания условий по стимулированию и поощрению исследований, вносящих вклад в сохранение биоразнообразия и устойчивого развития, а также принятия взаимовыгодных обязательств в отношении освоения генетических ресурсов, равно как последующей коммерциализации, подчиняющихся совместно выработанным условиям договоров (возмездных или безвозмездных).

Специальный докладчик ООН, оценивая взаимосвязь антимонопольных режимов, работы глобальной продовольственной цепочки и удовлетворения фундаментального права на еду, отметил «прямую связь между способностью конкурентных режимов отвечать на злоупотребление правами в продовольственной цепочке и осуществлением права на достаточное питание»<sup>56</sup>. Он, в частности, считает, что «режимы антимонопольного права должны быть усовершенствованы в соответствии с требованиями о равенстве и недискриминации, и содействовать реализации прав человека, включая, среди прочего, право на еду, право на труд и право на развитие»<sup>57</sup>. Растущая обеспокоенность все усиливающимся экономическим неравенством и той ролью, которое играет антимонопольное право в этом контексте<sup>58</sup> может привести к пересмотру подходов к антимонопольному регулированию. Все еще плохо проработанным является вопрос о том, как режим интеллектуальной собственности, в особенности патентный режим, влияет на инновационный процесс на разных уровнях продовольственной цепочки<sup>59</sup>. Более справедливое распределение доходов, порождаемых инновациями, и сосредоточение внимания антимонопольного права на том, каким образом добавленная стоимость распределяется между различными уровнями глобальной цепочки поставок, должно войти в фокус антимонопольного регулирования.

Эти серьезные вопросы могут постепенно привести к переосмыслению некоторых ключевых догматов конкурентного права и к реабилитации подходов, которые долгое время оставались за рамками профессионального обсуждения в антимонопольной сфере после ее перехода в 70-е и 80-е годы к доминирующей сейчас неоклассической ценовой теории<sup>60</sup>. Такое переосмысление может сыграть ключевую роль для развивающихся стран, способствуя поддержанию и упрочению их позиции в рамках глобальных цепочек создания стоимости<sup>61</sup>. России и другим развивающимся странам сегодня в условиях стремительной глобализации и технологизации основных рынков нужно задуматься об адаптации мер антимонопольной политики к данным вызовам. Проактивное регулирование инновационных рынков, завязанных на права интеллектуальной

---

<sup>56</sup> De Schutter O. Addressing Concentration in Food Supply Chains // Briefing Note 03. - December 2010. URL: <http://www.srfood.org/en/briefing-note-addressing-concentration-in-food-supply-chains> (дата обращения: 25.04.2016). P. 1.

<sup>57</sup> Там же, С. 4.

<sup>58</sup> Atkinson A. Inequality: What can be done? Harvard University Press, 2015. 400 p.

<sup>59</sup> Определенный интерес могут представлять недавно проведенные исследования по вопросу распределения добавленной стоимости от инновационной деятельности в глобальной цепочке поставок электроники, и роли переговорной силы в этом контексте. См. Dedrick J. Who Profits from Innovation in Global Value Chains?: a study of the iPod and notebook PCs // Industrial and Corporate Change. 2010. Vol. 19(1). P. 81—116.

<sup>60</sup> Например, можно задуматься о необходимости реабилитации концепции неравенства переговорной силы или более общей концепции относительной рыночной власти. См. в Lianos I., Lombardi C. Superior bargaining power and the global food value chain: The wuthering heights of holistic competition law? // Concurrences Review. NY : The Institute of Competition Law, 2016. Issue 1. P. 22—35.

<sup>61</sup> Global Value Chains and Development: Investment and Value Added Trade in the Global Economy, UN Doc UNCTAD/DIAE/2013/1 // United Nations Conference on Trade and Development, 2013.

собственности, особенно в таких чувствительных и стремительно меняющихся областях как продовольственная сфера, является уже перезревшей необходимостью, если Россия всерьез обеспокоена задачей стимулирования инновационного развития и эффективной интеграции в глобальную экономику.

## References

Atkinson A. Inequality: What can be done? Harvard University Press, 2015. 400 p.

Biggs S. D., Clay E. J. Sources of Innovations in Agricultural Technology // World Development. 1981. Vol. 9. P. 321—336.

Breaking Bad: Big Ag Mega-Mergers in Play // ETC Group. URL: <http://www.etcgroup.org/content/breaking-bad-big-ag-mega-mergers-play> (дата обращения: 25.04.2016).

Chen J. M. Biodiversity and Biotechnology: A Misunderstood Relation // Michigan State Law Review. 2005. Vol. 51. P. 51—102.

Crop Genetic Resources as a Global Commons ; eds. M. Halewood, I. López Noriega, S. Louafi. London : Earthscan, 2013. 424 p.

De Schutter O. Addressing Concentration in Food Supply Chains // Briefing Note 03. - December 2010. URL: <http://www.srfood.org/en/briefing-note-addressing-concentration-in-food-supply-chains> (дата обращения: 25.04.2016).

Dedeurwaerdere T., Melindi-Ghidi P., Broggiato A. Global Scientific Research Commons under the Nagoya Protocol: Towards a collaborative economy model for the sharing of basic research assets // Environmental Science & Policy. 2016. Vol. 55. Part 1. P. 1—10.

Dedrick J. Who Profits from Innovation in Global Value Chains?: a study of the iPod and notebook PCs // Industrial and Corporate Change. 2010. Vol. 19(1). P. 81—116.

Falcon W. P., Fowler C. Carving up the Commons—Emergence of a New International Regime for Germplasm Development and Transfer // Food Policy. 2002. Vol. 27. P. 197—222.

Food System Shock. The insurance impact of acute disruption to global food supply. Lloyd's Emergent Risk Report-2015 // Lloyd's. 2015.

Gereffi G., Humphrey J., Sturgeon T. The Governance of Global Value Chains // Review of International Political Economy. 2005. Vol. 12. No.1. P. 78—104.

Global Environmental Commons: Analytical and Political Challenges in Building Governance Mechanisms ; eds. E. Brousseau, T. Dedeurwaerdere, P.-A. Jouvét, M. Willinger. Oxford University Press, 2012. 464 p.

Global Value Chains and Development: Investment and Value Added Trade in the Global Economy, UN Doc UNCTAD/DIAE/2013/1 // United Nations Conference on Trade and Development, 2013.

- Hart N. E. The Age of Contract Agriculture: Consequences of concentration in Input Supply // Journal of Agribusiness. 2000. Vol. 18(1). P. 115—127.
- Heimes R. S. Post-Sale Restrictions on Patented Seeds: Which Law Governs? // Wake Forest Intellectual Property Law Journal. 2009-2010. Vol. 10. No. 2. P. 98—152.
- Heisey P. W., King J. L., Rubenstein K. D. Patterns of Public-Sector and Private-Sector Patenting in Agricultural Biotechnology // AgBioForum. 2005. Vol. 8. No. 2, 3. P. 73—82.
- Intellectual Property Rights and Contract Farming, Study 80-A – Doc. 1 Add. 18 // UNIDROIT. August 2014. URL: <http://www.unidroit.org/english/documents/2014/study80a/wg04/s-80a-01-add18-e.pdf> (дата обращения: 25.04.2016).
- Koonan S. India's Sui Generis System of Plant Variety Protection // Quaker United Nations Office. 2014. Briefing Paper No. 4. URL: <http://www.quno.org/sites/default/files/resources/QUNO%20India%20-%20plant%20variety%20protection%20-%202014.pdf> (дата обращения: 25.04.2016).
- Lianos I., Katalevsky D., Ivanov A. The Global Seed Market, Competition Law and Intellectual Property Rights: Untying the Gordian Knot // Concurrences Review. NY : The Institute of Competition Law, 2016. Issue 2.
- Lianos I., Lombardi C. Superior bargaining power and the global food value chain: The wuthering heights of holistic competition law? // Concurrences Review. NY : The Institute of Competition Law, 2016. Issue 1. P. 22—35.
- Lim D. Living with Monsanto // Michigan State Law Review. 2015. P. 559—663.
- Llewelyn M. The Legal Protection of Biotechnological Inventions: An Alternative Approach // European Intellectual Property Review. 1997. Vol. 19 (3). P. 115—127.
- Louwaars N. P. et al. Impacts of Strengthened Intellectual Property Rights Regimes on the Plant Breeding Industry in Developing Countries // World Bank Report. February 2005. URL: [http://www.iprsonline.org/resources/docs/LouwaarsCGN\\_Plants\\_05.pdf](http://www.iprsonline.org/resources/docs/LouwaarsCGN_Plants_05.pdf) (дата обращения: 25.04.2016).
- MacDonald J. et al., Contracts, Markets, and Prices: Organizing the Production and Use of Agricultural Commodities // Agricultural Economic Report. 2004. No. 837. URL: [http://www.ers.usda.gov/media/284610/aer837\\_1\\_.pdf](http://www.ers.usda.gov/media/284610/aer837_1_.pdf) (дата обращения: 25.04.2016).
- Marques de Carvalho V. Agreements and Competition Enforcement: The Choice between Preventive and Repressive Channels: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute ; ed. B. Hawk. 2014. P. 37—47.
- May C., Sell S. K. Intellectual Property Rights: A Critical History. Boulder, Colo : Lynne Rienner Pub, 2006. 253 p.



- Minssen T., Nordberg A. The Impact of Broccoli II & Tomato II on European Patents in Conventional Breeding, GMO's and Synthetic Biology: The Grand Finale of a Juicy Patents Tale? // *Biotechnology Law Report*. 2015. Vol. 34. No. 3. P. 81—98.
- Moss D. L. Competition, Intellectual Property Rights, and Transgenic Seed // *South Dakota Law Review*. 2013. Vol. 58. P. 543—559.
- Moss D. L. Consolidation in agriculture and food: Challenges for competition enforcement // *Concurrences Review*. NY : The Institute of Competition Law, 2016. Issue 1. P. 10—14.
- Moss D. L. Transgenic Seed Platforms: Competition Between a Rock and a Hard Place? // *AAI Submission*. 2009.
- Moss D. L. Transgenic Seed. The High Technology Test for Antitrust? // *Competition Policy International*. 2010. Vol. 2.
- Sobel-Read K. B. Global Value Chains: A Framework for Analysis // *Transnational Legal Theory*. 2014. Vol. 5. No. 3. P. 364—407.
- Srivastava J. P., Jaffee S. Best Practices for Moving Seed Technology: New Approaches to Doing Business // *World Bank Technical Paper No. 213*. Washington D.C. : The World Bank, 1993.
- Winston E. I. Sowing the Seeds of Protection // *Wisconsin Law Review*. 2014. P. 445—469.
- Каталевский Д. Ю., Кавтарадзе Д. Н. Семена и продовольственная безопасность России: материалы 10-й международной конференции факультета государственного управления МГУ имени М.В. Ломоносова «Государственное управление в XXI веке: повестка дня российской власти» (29-31 мая 2012 г.). М. : Издательство Московского университета, 2012. Т. 1.
- Кочелягин Н. Рынок семян попал в зависимость // *Агроинвестор*. 2015. №11 (94). URL: <http://www.agroinvestor.ru/analytics/article/22504-rynok-popal-v-zavisimost/full/#cut> (дата обращения: 25.04.2016).