



**ИВАНОВ  
АЛЕКСЕЙ  
ЮРЬЕВИЧ**

доцент департамента публичных дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», директор Института права и развития ВШЭ — Сколково, директор Антимонопольного центра БРИКС, магистр частного права (РШЧП), LLM (Harvard)

## МИФЫ О ЛЕГАЛЬНОЙ МОНОПОЛИИ, ИЛИ СКАЗ О ТОМ, ПОЧЕМУ В РОССИИ НЕ РАЗВИВАЮТСЯ ИННОВАЦИИ ПРИ УПОРНОЙ ОХРАНЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Автор обращается к трем мифам, на которых, как на трех китах, зиждется сложившийся в постсоветской России режим охраны интеллектуальной собственности, направленный на обслуживание интересов глобальных монополий в ущерб интересам развития российской экономики и общества, в том числе инновационных стартапов. Это мифы о легальной монополии, о великом стимуле и о добром иностранном инвесторе. Как показывает автор на материале многочисленных исследований и эмпирических данных, тезис о легальной монополии — не более чем риторический прием, позволяющий уйти от содержательной дискуссии о вредности антимонопольных иммунитетов для интеллектуальной собственности; интеллектуальные права не создают сами по себе стимулов для инновационной деятельности и в условиях отсутствия антимонопольных ограничений скорее ее сдерживают, а чрезмерно жесткий режим охраны интеллектуальной собственности отнюдь не способствует привлечению иностранных инвестиций, являясь благодатной почвой для получения дополнительных рентных доходов транснациональных компаний с населения развивающихся стран, тем самым снижая у них интерес к вложению в экономику таких стран.

**Ключевые слова:** легальная монополия, антимонопольные иммунитеты, охрана интеллектуальной собственности, защита конкуренции, стимулирование инноваций, иностранные инвестиции



ALEXEY YU. IVANOV

Associate Professor of School of Public Law of the Faculty of Law at National Research University “Higher School of Economics”, Director of the HSE — Skolkovo Institute for Law and Development, Director of the BRICS Antimonopoly Centre, Master of Private Law (Russian School of Private Law), LLM (Harvard)

# MYTHS OF LEGAL MONOPOLY, OR WHY RUSSIA DOESN'T INNOVATE DESPITE A RELENTLESS INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION REGIME

The author explores the three myths on which, much like the myth of three whales, the current regime of intellectual property protection in post-Soviet Russia is based, which primarily serves the interests of transnational monopolies to the detriment of Russian economic and human development, especially in the sphere of startup entrepreneurship and innovation. These are the myths of legal monopoly, of great stimulus and of the benevolent foreign investor. The author shows on the basis of numerous economic research and empirical data that the widely accepted in Russian jurisprudence concept of legal monopoly is just a rhetorical method used to deviate from a meaningful discussion about the detriments brought to the Russian economy by the abnormally hefty exemptions for IP rights in Russian competition law; intellectual property protection is not a panacea for incentivising innovation and creativity, and being fully exempted from the competition law it stifles rather than stimulates innovation; and a overly strict regime for intellectual property protection doesn't make Russia or any other developing country more attractive for direct foreign investors but on the contrary allows global corporations to extract more resources from the Russian consumers without any efforts to bring more production or R&D to the country.

**Keywords:** legal monopoly, antitrust exemptions for IP rights, intellectual property protection, competition law and policy in Russia, innovation studies, foreign direct investment

---

— Скажите государю, что у англичан ружья кирпичом не чистят: пусть чтобы и у нас не чистили, а то, храни Бог войны, они стрелять не годятся, — внятно выговорил Левша, перекрестился и умер.

*Н.С. Лесков*

## 1. Введение

Повесть Н.С. Лескова о Левше, знакомая нам с детства в том числе по прекрасной мультиплика-

ционной экранизации И.П. Иванова-Вано времен «оттепели», часто воспринимается как сатира на николаевскую Россию середины XIX в. — на ее бюрократическую глупость и неспособность отвечать на вызовы времени. Однако, по словам Л.А. Аннинского, исследователя творчества Лескова, в этой повести нашли отражение более фундаментальные проблемы российского общества и государственно-

сти<sup>1</sup>. К сожалению, предсмертная просьба Левши передать государю, что англичане ружья кирпичом не чистят, поскольку они тогда стрелять не годятся, звучит так же актуально сегодня, по прошествии более ста лет, как и в николаевской России.

Мы хотим поговорить об одном из таких сюжетов «чистки ружья кирпичом» — о том, который касается ключевой сферы нашего экономического и социального развития: стимулирования инновационной активности. Скорость технологических и следующих за ними социальных изменений стала такой, что те, кто не успевает адаптироваться к новым условиям, не только теряют конкурентное преимущество, но, вслед за утратой конкурентоспособности, ставят под вопрос само свое существование. Ошибки николаевской России, ярко отразившиеся в катастрофе Крымской войны, к несчастью, не выработали в нас рефлексорного неприятия той бюрократической ригидности и ограниченности в восприятии потока жизни, которая привела Россию к катастрофам XX в. И в этой статье мы хотим разобраться с проблемой неадекватной настройки механизмов стимулирования инноваций, основанной в наших условиях на явно избыточной и несбалансированной охране интеллектуальной собственности, принадлежащей транснациональным корпорациям, в ущерб развитию российских талантов, таких как тульский умелец Левша, хоть и подковавший аглицкую блоху, но оставленный бюрократической машиной умирать в холоде казенного околотка.

Важность вопроса адекватной настройки системы охраны интеллектуальной собственности в современном мире очень сложно переоценить. Как метко подметил лауреат Нобелевской премии по экономике Дж. Стиглиц, «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* (здесь и далее в цитатах курсив наш. — А.И.), имеет центральное значение для успешного функционирования новой экономики, экономики знания, и распределения выгод от ее работы»<sup>2</sup>.

Сегодня в России система правового регулирования создания и доступа к знаниям имеет явно выраженный охранительный уклон, сдерживающий развитие. Охранительность в худшей николаевской логике направлена на всемерную охрану интересов глобальных корпораций, а не российских потребителей и инноваторов. Как результат, российский потребитель испытывает на себе различные формы дискриминации — по ценам, качеству, ассортименту предлагаемых ему товаров. Российская система здравоохранения вынуждена работать на карман «Большой фармы» и либо обеспечивать пациентов устаревшими препаратами, по которым уже истекли сроки патентной охраны, либо закупать втридорога современные препараты у иностранных компаний, сполна утоляя их самые смелые аппетиты и оставляя в силу ограниченности бюджетных средств российских пациентов без современных лекарств. Российские инноваторы, сталкиваясь с самыми безудержными практиками злоупотребления интеллектуальными правами со стороны глобальных компаний, которые уже давно стали нонсенсом в развитых юрисдикциях, не могут найти защиты ни в судах, ни в антимонопольных органах из-за внесенных в наше законодательство под давлением американских лоббистов так называемых антимонопольных иммунитетов в отношении интеллектуальных прав, чего нет ни в одной развитой стране. Интеллектуальная собственность выведена из-под антимонопольных ограничений лишь в таких не самых инновационных экономиках, как Никарагуа, Гватемала, Коста-Рика, Парагвай, а также ряде стран Центральной Африки. Прекрасная компания для родины тульского Левши. Глобальные корпорации — ключевые правообладатели современного мира — выигрывают оттого, что у них нет необходимости соблюдать правила конкуренции на российском рынке. Но такое положение наносит заметный вред российскому обществу и сдерживает его развитие.

Можно сказать, что в сфере охраны интеллектуальной собственности в Российской Федерации реализован подход, который в международной доктрине и практике получил название «ТРИПС-плюс» (*TRIPS-plus*). Это означает, что Россия предоставляет правообладателям большую защиту, чем того требует международное право, в частности Соглашение о торговых аспектах интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г.

<sup>1</sup> Аннинский Л.А. Лесковское ожерелье. СПб., 2012. С. 474.

<sup>2</sup> Stiglitz J.E. Economic Foundations of Intellectual Property Rights // Duke Law Journal. 2008. Vol. 57. P. 1695.



Усиленная система охраны наносит вред национальной экономике и была введена в результате прямого торга с западными компаниями и торговыми представителями от США и других западных стран в рамках процесса вступления России в ВТО, но продолжает действовать несмотря ни на что.

По сути, охрана интеллектуальной собственности в нашей стране в конкретных социально-исторических условиях постсоветского времени превратилась в инструмент государственной охраны интересов узкой группы рантье — в основном транснациональных корпораций и представляющих их интересы в России местных торговых домов (дистрибьюторов). При этом логика работы этого института у нас сегодня такова, что мощнейший публичный ресурс, в том числе ресурс государственного принуждения, используется для того, чтобы всемерно удовлетворить коммерческие интересы указанной узкой группы и за счет остальных граждан и местных инновационных компаний обеспечить усиление их рыночной власти и, как следствие, получение ими рентных, экономически неоправданных доходов. Эта логика называется нами охранительной, поскольку в ее основе лежит цель всемерной охраны сложившегося в мировой экономике статус-кво, благоприятного развитию глобальных монополий в самых чувствительных для общества сферах — от фармацевтики до цифровых решений. И действительно, мы видим, что, по данным ООН, в мировой экономике продолжается резкий рост доли рентных доходов, т.е. таких доходов, которые основаны на «получении выгоды не за счет создания новой ценности, а за счет присвоения все больших кусков ценности, которая и так была бы создана»<sup>3</sup>. Опять же по информации ООН, «значительная часть рентных доходов в мировой экономике основана на монополистической эксплуатации интеллектуальной собственности»<sup>4</sup>. К сожалению, политика нашей страны направлена не на ослабление, а на усиление этой тенденции за счет явно избыточной охраны интеллектуальной собственности, пусть и в ущерб развитию национальной экономики.

На состоявшейся пару лет назад на Петербургском Международном Юридическом Форуме сессии по соотношению вопросов защиты интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства<sup>5</sup> выступал известный немецкий юрист, директор Института Макса Планка Дж. Дрекслер, который в своем интервью после сессии прямо сказал о том, что Россия в вопросах регулирования интеллектуальной собственности избрала подходы, не отвечающие интересам экономического и социального развития страны. Эти подходы, по словам проф. Дрекслера, не применяются ни в развитых странах, таких как Германия, ни в динамично развивающихся, таких как Китай<sup>6</sup>. Он спросил нас: как же Россию угораздило добровольно надеть на себя эти кандалы? Ответ на этот вопрос тогда повис в воздухе.

Любая рентная модель нуждается в обосновании. Если рациональное обоснование дать сложно и все факты против, на помощь приходят мифы. Как отмечал философ С.Н. Булгаков, «мифу присуща своя особая достоверность, которая опирается не на доказательства, но на силу и убедительность непосредственного переживания»<sup>7</sup>. Именно поэтому мифы сложно критиковать. Но с ними надо уметь справляться, особенно когда они используются для оправдания рентных механизмов эксплуатации нашего общества.

Мы понимаем, что демифологизация — это сложный и часто болезненный процесс, поэтому не рассчитываем на быстрый результат. Тем не менее считаем необходимым идти этим путем и сейчас хотим поговорить о глубоко укоренившихся в нашем юридическом сознании мифах: о легальной монополии, о великом стимуле и о добром иностранном инвесторе как аргументах в поддержку избыточной и явно непропорциональной общественным интересам охраны интеллектуальной собственности в нашей стране.

<sup>3</sup> Stiglitz J. Inequality and economic growth // Political Quarterly. 2015. Vol. 86. P. 141.

<sup>4</sup> UNCTAD Trade and Development Report 2017. URL: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publication-id=1852> (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>5</sup> Видеотрансляция сессии по соотношению интеллектуальной собственности и антимонопольного регулирования, ПМЮФ-2018. URL: <https://broadcast.comdi.com/watch/rzvqq0fbzbi13wo6mwe> (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>6</sup> Correlation between Intellectual Property Protection and Competition Law. URL: <https://academy.ru/course/1556937/1556939> (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>7</sup> Булгаков С.Н. Свет невечерний: Созерцания и умозрения. М., 1994.

## 2. Миф о легальной монополии

В феврале 2018 г. Исследовательский центр частного права (ИЦЧП) при Президенте РФ в интересах Государственно-правового управления дал экспертное заключение на предложение ФАС России отказаться от так называемых антимонопольных иммунитетов в отношении интеллектуальных прав, закрепленных в ст. 10 и 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»<sup>8</sup> (далее — Закон о защите конкуренции). В этом заключении уважаемое учреждение пишет, что «исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации *представляет собой легальную монополию*, дающую возможность правообладателю пользоваться и распоряжаться объектом интеллектуальной собственности по своему усмотрению согласно статье 1229 Гражданского кодекса Российской Федерации».

Термин «легальная монополия» не содержится ни в Гражданском кодексе (ГК) РФ, ни в других актах российского законодательства, однако является фундаментом для охранительных дискуссий в отношении сферы оборота интеллектуальных прав в нашей стране. Но сам этот термин, как и его применение в целях оправдания существующей аномалии с антимонопольными иммунитетами, создает больше вопросов, чем ответов.

Российское право знакомо с концепцией государственной монополии, которую в известном смысле можно было бы назвать аналогом понятия легальной монополии, поскольку «легальное», т.е. законное, — это нечто установленное законом, государством. Государственная монополия на алкоголь, например, была заметным явлением жизни и в царской России, и в СССР и до сих пор встречается в актах российского законодательства — скажем, в Указе Президента РФ от 11.06.1993 № 918 «О восстановлении государственной монополии на производство, хранение, оптовую и розничную продажу алкогольной продукции» или в Федеральном законе от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О госу-

дарственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции», оперирующем понятием «государственная монополия». В толковом словаре Брокгауза и Ефрона государственная монополия на алкоголь называется «питейной», и под ней понимается «один из видов фискальных монополий, к которым прибегает государство с целью получения большего дохода от обложения предмета всеобщего потребления (монополии табачная, соляная, спичечная и др.)»<sup>9</sup>.

Не совсем ясно, почему ИЦЧП не говорит, что «исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации» представляет собой государственную монополию. Зачем использовать малопонятный и калькированный с английского термин «легальная монополия»? По всей видимости, если бы авторы указанного экспертного заключения оперировали словосочетанием «государственная монополия», то слишком очевидной стала бы реальная природа интеллектуальной собственности в нашей стране, в которой интеллектуальные права приобрели форму дарованной государством фискальной монополии — по аналогии с питейной, позволяющей получать нерыночный доход. Однако нам с трудом верится, что ведущие российские цивилисты стали бы смешивать право интеллектуальной собственности и казенные привилегии и сознательно использовали иной, нежели «государственная монополия», термин, чтобы отделить легальную монополию от государственной. Что же тогда понимается под легальной монополией в цивилистическом смысле?

Активные сторонники охранительного уклона в праве интеллектуальной собственности А.С. Ворожевич и С.В. Третьяков в своем критическом разборе<sup>10</sup> одной нашей статьи, обосновывающей необходимость полноценного введения в российское право института принудительного лицензирования в общественных интересах, рассуждают о легальной монополии, сравнивая правовые институты вещных и интеллектуальных прав. Пытаясь раскрыть понятие «легальная мо-

<sup>8</sup> Заключение ФГБНУ «Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации» от 27.02.2018 № 130-Ц по проекту федерального закона «О признании утратившими силу части 4 статьи 10 и части 9 статьи 11 Федерального закона „О защите конкуренции“» (в архиве автора настоящей статьи).

<sup>9</sup> Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона в 86 полутомках с иллюстрациями и дополнительными материалами. СПб., 1890–1907.

<sup>10</sup> Ворожевич А.С., Третьяков С.В. Об утилитарности интеллектуальных прав, принудительных лицензиях и бюрократических рентах // Закон. 2017. № 8. С. 140–165.



нополия», они вводят два новых термина — «частная юридическая монополия» и «правовая монополия на объект». Причем в обоих случаях речь идет о неких субъективных гражданских правах — правомочиях собственника в отношении вещи и правообладателя — в отношении объекта интеллектуальных прав. По сути, предлагаемое ими объяснение легальной монополии, равно как и подпонятий «правовой» и «частной юридической» монополии, таково: это не что иное, как обычное субъективное гражданское право.

Похожей логики объяснения того, что же реально хотели сказать цивилисты, использующие термин «легальная монополия», придерживается и В.О. Калятин, утверждающий, что «исключительные права по своей природе носят монопольный характер и их обладатель, как правило, извлекает выгоду из своего монопольного положения»<sup>11</sup>. В его тезисе понятия монополии и субъективного гражданского права объединены, но именно исключительному праву в отношении объектов интеллектуальной собственности почему-то придается монопольная природа.

Этот аргумент также очень мало объясняет оправдание антимонопольных иммунитетов для интеллектуальных прав. Исключительное право само по себе не обладает какими-либо специальными экономическими характеристиками — оно предназначено для того, чтобы правообладатель получил вознаграждение от коммерческого использования результатов интеллектуальной деятельности, но не контроль над рынком<sup>12</sup>. Использование термина «монополия» применительно к исключительному праву как таковому бессмысленно. Автоматической монополизации какого-либо рынка, как в случае с государственной монополией на алкоголь, при предоставлении легальной монополии (т.е. обычного субъективного права) на результат интеллектуальной деятельности не происходит. Предоставление правообладателю исключительного права еще не дает ему никаких новых экономических возможностей, никакой рыночной власти. Как собственник котельной автоматически не становится

монопольным поставщиком тепла в своем регионе, так и обладатель патента на лекарство не становится монополистом на рынке лекарств. Монопольный статус и рыночная власть зависят от экономического контекста, в котором реализуются вещные права на котельную или интеллектуальные права на молекулу вещества.

За рамками обычных субъективных прав на использование своего изобретения или иного объекта интеллектуальной собственности никаких экономических прав у правообладателя нет.

Приведенная аргументация признается многими зарубежными авторами, находит свое отражение в законодательстве различных стран<sup>13</sup>, но почему-то крайне сложно пробивает себе дорогу в российской правовой науке.

Исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности — это специальная правовая категория, изобретенная для того, чтобы придать интеллектуальному продукту (произведениям, изобретениям, коммерческим обозначениям и пр.) оборотоспособность, схожую с оборотоспособностью объектов материального мира (вещей). Как отмечал один из ключевых идеологов написания части четвертой ГК РФ В.А. Дозорцев, основной причиной возникновения института интеллектуальной собственности была «потребность в пуске результатов интеллектуальной деятельности в экономический оборот»<sup>14</sup>. Учитывая, что главным инструментом обеспечения товарного оборота в то время, когда была осознана и институционализована возможность коммерческого оборота объектов интеллектуальных прав (конец XVIII — начало XX в.), являлось право собственности на вещи, то и исключительное право на нематериальные объекты было описано по аналогии с вещным правом собственности.

Статья 1229 «Исключительное право» ГК РФ описывает эту конструкцию следующим образом: «Лицо, обладающее исключительным правом на результат ин-

<sup>11</sup> Калятин В.О. О борьбе с монополизмом и легальной монополией // Конкуренция и право. 2013. № 3. С. 30–32. URL: <https://cljournal.ru/vybor/38/> (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>12</sup> Ullrich H. Legal protecton of innovative technologes: property or policy? // Economics, Law and Intellectual Property: Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field / ed. by O. Granstrand. Kluwer Academic, 2003. P. 448.

<sup>13</sup> Подробнее см.: Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М., 2013. С. 361–378.

<sup>14</sup> Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. М., 2003. С. 13.

теллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (*правообладатель*), *вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом*».

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.

Является ли наличие субъективного права автоматическим основанием для отказа в применении мер антимонопольного регулирования к соответствующей сфере? На наш взгляд, ни Конституция, ни ГК РФ не содержат доводов в пользу такого утверждения.

Пункт 1 ст. 10 ГК РФ прямо устанавливает, что «не допускается использование гражданских прав *в целях ограничения конкуренции*, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке». Любых гражданских прав — как вещных и обязательственных, так и интеллектуальных. ГК РФ не подтверждает выводов апологетов охранительного уклона о том, что сама природа интеллектуальных прав предоставляет индульгенцию для монополизации рынков. Более того, Конституционный Суд РФ в Постановлении от 13.02.2018 № 8-П по делу о параллельном импорте прямо отметил, что «как и право собственности, интеллектуальные права подлежат защите *исходя из общего блага и необходимости поддержания конкурентной экономической среды*». Тем самым общее благо защиты конкуренции должно защищаться независимо от типа субъективных прав, реализуемых хозяйствующим субъектом.

Таким образом, само по себе название интеллектуальных прав легальной монополией не дает никаких аргументов для отказа от балансировки использования этих прав мерами антимонопольного регулирования. По сути, тезис о легальной монополии — не более чем риторический прием, позволяющий уйти от содержательной дискуссии о вредности антимонопольных иммунитетов для рынка оборота знаний и информации.

Этот прием создает вокруг темы интеллектуальной собственности атмосферу таинственности, позволяющую продолжать всемерную охрану рентных доходов в ущерб развитию экономики и общества.

### 3. Миф о великом стимуле

Критикуя нашу статью о принудительном лицензировании, А.С. Ворожевич и С.В. Третьяков пишут:

«Общая логика [А.Ю. Иванова] может быть резюмирована следующим образом.

Во-первых, права на результаты интеллектуальной деятельности, включая патенты, имеют утилитарное обоснование, что резко отличает их от прав на материальные объекты, прежде всего вещных прав, и в частности права собственности. Вероятно, тезис об утилитарности прав на результаты интеллектуальной деятельности можно интерпретировать в том смысле, что закрепление за авторами, изобретателями и т.д. юридической монополии на созданные ими интеллектуальные продукты обусловливается той мерой, в какой это соответствует не столько частным интересам самих творцов, сколько общественным интересам. И этим, полагает автор, интеллектуальные права резко отличаются от, например, права собственности на материальные вещи, закрепление монополии на которые диктуется прежде всего частными интересами.

Во-вторых, из этого тезиса вытекает в первую очередь то, что предоставление прав на результаты интеллектуальной деятельности не является и не может являться безусловным, а всегда представляет собой определенный баланс между частными интересами автора, с одной стороны, и общества — с другой. Применительно к патентному праву одним из инструментов подобного рода балансировки частных и публичных интересов является институт принудительного лицензирования»<sup>15</sup>.

Сразу хотим отметить, что нашими уважаемыми оппонентами был не до конца понят изложенный в статье тезис о сравнении вещных и интеллектуальных прав в контексте применения доктрины изъятия имуще-

<sup>15</sup> Ворожевич А.С., Третьяков С.В. Указ. соч.



ства для публичных нужд (*eminent domain*). Различия между вещными и интеллектуальными правами в разбираемой нашими критиками публикации имело значение лишь в той части, что конституционный законодатель в США не рассматривал интеллектуальные права (права интеллектуальной собственности) как равноправные по своей природе правам вещной собственности. Это связано с особенностями формирования американской правовой системы, но в качестве непосредственного эффекта имеет особый режим использования объектов интеллектуальной собственности без согласия правообладателя, не подчиняющийся требованиям Пятой поправки к Конституции США в части предоставления справедливой рыночной компенсации за изымаемое в публичных интересах частное имущество. Природа интеллектуальной собственности гораздо более утилитарна, чем природа собственности вещной, осененной многовековой традицией и признанием в качестве фундаментальной основы рыночной экономики. В нашей статье мы не делаем выводов о том, что утилитарность не является значимым критерием и в эволюции института вещных прав, и точно не проводим резкую границу в этой части между вещной и интеллектуальной собственностью. Просто применительно к интеллектуальным правам требования экономической эффективности и ожидания положительных эффектов для общества гораздо более выражены. Доверие к институту вещной собственности имеет под собой заметно более глубокие основания, чем доверие к институту собственности интеллектуальной. Последний действительно нуждается в прагматическом обосновании. Есть немало стран, которые жили и прекрасно развивались без применения его в том виде, который был в конечном итоге сформулирован в ТРИПС.

И сейчас, несмотря на состоявшуюся кодификацию глобального регулирования в сфере интеллектуальной собственности под эгидой ВТО, утилитарность природы данного института не уменьшилась, а в чем-то даже возросла. В знаменитой уже «Декларации о патентной охране: законодательный суверенитет в условиях ТРИПС»<sup>16</sup>, выпущенной Институтом Макса Планка в Мюнхене при участии большинства ведущих мировых ученых в данной сфере, прямо отмечается, что «поскольку патентное законодательство является

элементом инновационной системы, оно должно быть адаптировано к потребностям инновационного развития конкретных государств, в том числе к конкретным условиям рыночной конкуренции в них»; «в целях обеспечения эффективной работы патентной системы как инструмента стимулирования инноваций, патентная охрана должна предоставляться в зависимости от текущих социально-экономических условий функционирования рынка и в том объеме, который конкретно необходим для работы данного рынка с учетом всех выгод и потерь от введения патентной охраны».

На наш взгляд, вести дискуссию о том, нужна ли интеллектуальная собственность, потому что это священная корова капитализма или потому что она реально дает молоко, бессмысленно. Суть капитализма в том, что если корова не дает молока, то никакой священный статус ей не поможет.

Интеллектуальная собственность — это сугубо утилитарный институт, за ним не стоит даже глубокой символической традиции времен римского или канонического права. Это чистый продукт позднего капиталистического общества, заинтересованного в построении определенных моделей индустриального развития.

Тем не менее, несмотря на ряд чисто риторических замечаний относительно других возможных оправданий существования института интеллектуальных прав, ключевые замечания наших оппонентов касаются сути утилитарной природы института интеллектуальных прав. И здесь они ставят следующие ключевые вопросы, за которые мы им также очень благодарны и которые хорошо описывают другую сторону мифа об интеллектуальных правах — миф о великом стимуле как ключевом факторе инновационного развития.

Разбирая нашу статью, А.С. Ворожевич и С.В. Третьяков отмечают<sup>17</sup>:

«Другая важнейшая с позиции общественного интереса функция — стимулирование субъектов к созданию и коммерциализации патентоохраняемых объектов. Иными словами — к активному участию в иннова-

<sup>16</sup> URL: <https://www.mpg.de/8132986/Patent-Declaration.pdf> (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>17</sup> Ворожевич А.С., Третьяков С.В. Указ. соч.

ционном процессе. Непонятно, почему А.Ю. Иванов, подвергая сомнению наличие данной функции, сослался на господствующее в западных правовых порядках утилитаристское правопонимание. Как было отмечено выше, в рамках подобного правопонимания субъективные права рассматриваются не иначе как стимулы к созданию дополнительной ценности».

И далее:

«Если подходить с позиции многофакторного подхода, исключительное право является наиболее эффективным и универсальным механизмом для одновременного обеспечения следующих функций патентной системы: вовлечение результатов интеллектуальной деятельности в имущественный оборот; стимулирование изобретательской деятельности, инвестиций в НИОКР, раскрытия информации о созданных разработках; вознаграждение разработчика патентоохраняемого объекта за осуществление социально значимой деятельности; поддержание конкуренции».

Идея о том, что интеллектуальная собственность — это эффективный способ стимулирования инновационной деятельности, красной нитью проходит сквозь статью наших оппонентов и мириады других подобных публикаций. Это символическая основа любых дискуссий о роли интеллектуальной собственности в экономической жизни, один из догматов веры сторонников охранительного уклона в праве интеллектуальной собственности.

Однако так ли обоснованна эта вера в интеллектуальную собственность как великий стимул инновационной деятельности?

Эмпирические данные крайне противоречивы. Более того, сама постановка такого вопроса представляется пустой, поскольку, как и любое средство, интеллектуальная собственность может сработать в одной ситуации, оказаться совершенно бесполезной в другой и навредить в третьей. То, что подходит для США 1980-х гг., может быть крайне вредно для Китая 1990-х или России 2000-х. То, что хорошо для определенных отраслей и компаний, может быть вредно для других. И на то есть множество причин.

Например, Постоянный комитет по патентному праву Всемирной организации по интеллектуальной соб-

ственности (ВОИС) провел масштабное исследование роли патентной системы в развитии инновационной фармацевтики<sup>18</sup>. В числе выводов этого исследования содержатся, например, следующие:

«обзор исследовательских публикаций о роли патентных систем в целом в развитии инновационной деятельности в фармацевтическом секторе показывает, что патентная охрана никак не влияет на уровень развития фармацевтических инноваций в рассмотренных странах»;

«высокий уровень патентной охраны чаще способствует более активному выпуску продуктов в короткие сроки: как правило, такая картина наблюдается в странах со слабым производственным потенциалом. При этом исследование показало, что в долгосрочной перспективе возможно обратное развитие событий: *в странах, имеющих потенциал для местного производства и развитую систему патентной охраны, в долгосрочной перспективе выпускается меньшее количество новой фармацевтической продукции*».

В объединенном докладе, составленном ВОИС совместно с ВТО и Всемирной организацией по здравоохранению (ВОЗ), определено говорится, что «фармацевтические компании постоянно акцентируют внимание на своей зависимости от патентов для извлечения доходов от инноваций. Но роль патентной системы в продвижении инноваций и способы ее улучшения — это предмет непрекращающихся дискуссий»<sup>19</sup>.

В получивших большую известность работах профессора экономики Кембриджского университета Ха-Джун Чанга по проблемам экономического развития продемонстрировано множество случаев, когда богатые страны резко меняли свое отношение к институтам интеллектуальной собственности уже после того, как они стали богатыми. «Против общепринятого понимания, исторический факт состоит в том, что богатые страны не развивались, используя те подходы

<sup>18</sup> Постоянный комитет по патентному праву ВОИС, Женева, 3–7 ноября 2014 г. Резюме исследования о роли патентной системы в развитии инновационной фармацевтики. URL: [https://www.wipo.int/meetings/ru/doc\\_details.jsp?doc\\_id=288186](https://www.wipo.int/meetings/ru/doc_details.jsp?doc_id=288186) (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>19</sup> Promoting Access to Medical Technologies and Innovation. WHO-WIPO-WTO, 2015. URL: [https://www.who.int/phi/PAMTI\\_WHO-WIPO-WTO.pdf](https://www.who.int/phi/PAMTI_WHO-WIPO-WTO.pdf) (дата обращения: 26.02.2020).



и институты, которые они сейчас рекомендуют, часто насильно, развивающимся странам», — отмечает проф. Чанг<sup>20</sup>. Например, Швейцария всемерно противилась принятию под давлением Германии патентного закона в начале XX в., а Нидерланды даже отменили в конце XIX в. ранее принятый патентный закон, объясняя это тем, что политически мотивированная монополизация вредит экономическому развитию и противоречит принципам рыночной экономики.

В недавнем докладе, подготовленном экономистами Д. Бейкером, А. Джаядев и Дж. Стиглицем, фокусно посвященном проблемам инновационного развития и интеллектуальной собственности, среди прочего отмечается, что «даже в США и других развитых экономиках патентная система находится в глубоком кризисе»<sup>21</sup>.

Патентная система заражена «мусорными» и «вечнозелеными» патентами, перепатентованностью ключевых отраслей, патентными пулами, троллями и другими паразитами, а также страдает прочими пороками, которые делают ее не стимулом, а скорее заметным барьером для инновационной деятельности<sup>22</sup>.

При этом важно иметь в виду, что даже теоретический спор в экономической науке никогда не заканчивался выводом, что именно система патентов и других интеллектуальных прав создает наилучшую среду для инновационного развития. В 1960-е гг. экономисты в США и Европе активно обсуждали альтернативные системы поддержки инноваций — от государственного финансирования до системы денежных премий (призов)<sup>23</sup>. В своей фундаментальной работе лауреат Нобелевской премии по экономике К. Эрроу утверждал, что альтернативные интеллектуальной

собственности системы стимулирования инноваций гораздо более эффективны<sup>24</sup>. Его оппоненты, в частности Г. Демсец, в свою очередь, заявляли, что такие альтернативные механизмы менее эффективны, и акцентировали внимание на роли цен как сигнальной системы рыночной экономики, позволяющей добиться более эффективного распределения ресурсов среди участников экономической деятельности<sup>25</sup>. Но даже критики проф. Эрроу никогда не отрицали принципиальную эффективность систем стимулирования инноваций, основанных на альтернативных интеллектуальной собственности моделях. Просто в конкретных социально-экономических реалиях 1960-х гг. в США победила точка зрения сторонников ценовой теории стимулирования инноваций, воплощенной в праве интеллектуальной собственности.

То, что, критикуя нашу статью, А.С. Ворожевич и С.В. Третьяков называют «коллективистскими принудительными практиками коммунистической диктатуры»<sup>26</sup>, предполагающими замену патентной системы на другие модели стимулирования инноваций, большое число уважаемых западных экономистов и юристов рассматривает как рабочие механизмы реального стимулирования инновационной деятельности в условиях полноценной рыночной экономики. Более того, эти механизмы поддержки инноваций работают и сейчас, причем работают хорошо. Так, в своей известной книге М. Мацукатто показала, что «развитие биофармацевтической отрасли США было продиктовано не рыночными механизмами, как это часто утверждается» — «биотехнологическая индустрия в США является прямым продуктом прямого государственного управления созданием базы знаний, которая уже, в свою очередь, обеспечила успех коммерческим компаниям и рост биотехнологической индустрии в целом»<sup>27</sup>. Рассуждения проф. Мацукатто хорошо иллюстрируют, что ни в США, ни в других странах капиталистического ядра подход к стимулированию инноваций не является односторонним — в вопросе формирования системы

<sup>20</sup> Chang Ha-Joon. *Bad Samaritans: The Myth of Free Trade and the Secret History of Capitalism*. Bloomsbury Press, 2009.

<sup>21</sup> Baker D., Jayadev A., Stiglitz J. *Innovation, Intellectual Property, and Development: A Better Set of Approaches for the 21st Century*. URL: <http://cepr.net/images/stories/reports/baker-jayadev-stiglitz-innovation-ip-development-2017-07.pdf> (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>22</sup> См. об этом: Jaffe A., Lerner J. *Innovation and its Discontents*. Princeton University Press, 2004; Scotchmer S. *Innovation and Incentives*. MIT Press, 2004.

<sup>23</sup> Kapczynski A. *The Cost of Price: Why and How to Get Beyond Intellectual Property Internalism* // *UCLA Law Review*. 2012. Vol. 59. No. 4.

<sup>24</sup> Arrow K.J. *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention* // *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* / ed. by R. Nelson. National Bureau of Economic Research, Inc., 1962.

<sup>25</sup> Demsetz H. *Information and Efficiency: Another Viewpoint* // *Journal of Law & Economics*. 1969. Vol. 12. Iss. 1. P. 14.

<sup>26</sup> Ворожевич А.С., Третьяков С.В. Указ. соч.

<sup>27</sup> Mazzucato M. *The Entrepreneurial State: Debunking Public v. Private Sector Myths*. Anthem, 2013.

стимулов для инновационной деятельности ни одна из эффективных экономик не полагается полностью на какой-то один метод — институт интеллектуальной собственности или нерыночные стимулы. И то и другое имеет свои плюсы и минусы в конкретных социально-экономических условиях.

Фетишизация интеллектуальной собственности как уникального механизма создания стимулов для инновационного развития банально игнорирует огромный массив эмпирических данных.

Уже накоплен достаточный исследовательский материал, который показывает, например, что «нет статистически доказанной связи между патентной охраной и ростом объема исследований и разработок в фармацевтике»<sup>28</sup>. Или что патенты в области генных исследований не оказали положительного влияния на инновационную активность в этой сфере<sup>29</sup>. Стимулирование инноваций и творческой деятельности — вопрос намного более сложный, чем просто формирование возможностей по денежному вознаграждению. Этот процесс имеет весьма большее число пластов и составляющих. Так, в ходе жарких споров о разработке лекарств против ВИЧ 13 ключевых ученых из Королевского научного общества, высшего научного учреждения Великобритании, опубликовали в газете *Financial Times* открытое письмо со словами: «Патенты — это только один из способов стимулирования исследований и изобретательства. Научный интерес, объединенный с желанием помочь развитию человечества, имел гораздо большее значение для этого в ходе человеческой истории»<sup>30</sup>.

И таких высказываний в научной среде звучит все больше. Например, в 2008–2009 гг. крупная группа ведущих ученых со всего мира и разных отраслей научной деятельности во главе с нобелевским ла-

уреатом по биологии Дж. Зильстоном выпустила Манчестерский манифест «Кто владеет наукой?»<sup>31</sup>. Ученые критикуют действующую систему стимулирования инноваций, опирающуюся на институт интеллектуальных прав, поскольку она «имеет системные недостатки в части влияния на развитие науки и экономическую эффективность, а также вызывает серьезные этические вопросы в силу зачастую негативного влияния на людей и общество в целом». Исследователи призывают, с одной стороны, значительно ее модернизировать за счет более активного использования таких инструментов, как принудительное лицензирование, а с другой — рассмотреть вариант совершенно новых, альтернативных механизмов стимулирования инноваций, которые в современных условиях могут оказаться более эффективными: «Есть целый спектр альтернативных институциональных решений: от тех, которые основаны на текущей модели интеллектуальных прав, до системы премирования и призовых фондов и до совершенно открытых систем свободного доступа»; «существующая доминирующая модель стимулирования инноваций, основанная на интеллектуальной собственности, — не единственная возможная опция. Разные системы могут быть применимы в разных ситуациях; должно быть учтены такие факторы, как тип создаваемых и распространяемых знаний, метод исследований и среда, в которой создается знание».

Таким образом, тезис о том, что интеллектуальная собственность создает уникальные стимулы для инновационной деятельности и поэтому нельзя испортить инновационное развитие, всемерно повышая уровень охраны интеллектуальных прав, не основан на эмпирических данных и нуждается в серьезной критической оценке. Более того, данных о том, что конкуренция содействует инновационному развитию, даже больше, чем по интеллектуальной собственности. Часто ключевой принцип конкурентного права, сформулированный еще Л. Кэрроллом, — чтобы стоять на месте, надо быстро бежать, — создает больше стимулов для инновационного развития, чем охрана рентных доходов.

В работах большинства экономистов, размышляющих о механизмах стимулирования инноваций, всегда

<sup>28</sup> Qian Y. Are National Patent Laws The Blossoming Rain? Paper No. 16295 in NBER Working Papers, 2010; *Idem*. Do National Patent Laws Stimulate Domestic Innovation in a Global Patenting Environment? A Cross-Country Analysis of Pharmaceutical Patent Protection, 1978-2002 // *Review of Economics and Statistics*. 2007. Vol. 89.

<sup>29</sup> Sampat B., Williams H.L. How Do Patents Affect Follow-On Innovation? Evidence from the Human Genome. NBER Working Paper, 2014.

<sup>30</sup> Strong global patent rules increase the cost of medicines // *Financial Times*. 2001. 14 Febr.

<sup>31</sup> URL: <http://www.isei.manchester.ac.uk/TheManchesterManifesto.pdf> (дата обращения: 26.02.2020).



говорится о балансе соотношения таких факторов, как возможности по коммерциализации разработок и возможности по доступу к знаниям и информации. В значительной степени у экономистов сложился консенсус относительно того, что для эффективного функционирования инновационной сферы важно сочетание состоятельности и наличия возможностей по монетизации разработок<sup>32</sup>. Проще говоря, в рыночной системе должно быть обеспечено оптимальное соотношение между закрытостью знаний и информации, реализуемой инструментами интеллектуальной собственности, и открытостью за счет ограничения интеллектуальных прав.

Такие ограничения могут быть реализованы самыми разными методами — от общих изъятий и исключений в законодательстве об интеллектуальной собственности до различных механизмов принудительного лицензирования и антимонопольного регулирования.

Принцип ограничения регулирования интеллектуальной собственности посредством конкурентного права был закреплен ТРИПС, в ч. 2 ст. 8 которого указывается, что надлежащие меры могут быть необходимы для предотвращения злоупотреблений правами интеллектуальной собственности со стороны владельцев прав или обращения к практике, которая необоснованно ограничивает торговлю или неблагоприятным образом влияет на международную передачу технологии. Статья 40 ТРИПС прямо устанавливает возможность антимонопольного контроля за лицензионными практиками. Соглашение в целом «направлено на установление надлежащего баланса между присвоением и конкуренцией и учитывает необходимость защиты общественных благ и общественного благосостояния»<sup>33</sup>.

Этот принцип балансировки крайне важен для элементарного функционирования рынка. Без балансировки

интеллектуальной собственности методами антимонопольного регулирования институт интеллектуальных прав превращается в свою противоположность и начинает убивать инновационную активность, а не стимулировать ее.

Как отмечается в исследовании, проведенном ВОИС совместно с ВТО и ВОЗ, «конкурентная политика важна на всех этапах — от разработки медицинских препаратов до их продажи конечному потребителю. Формирование живой конкурентной среды на рынке инструментами конкурентного права играет важнейшую роль в обеспечении как большего доступа населения к лекарствам, так и в стимулировании инноваций в фармацевтическом секторе. Конкурентное право может эффективно исправлять ситуации, в которых интеллектуальные права сдерживают инновации и доступ к лекарствам»<sup>34</sup>. Более того, как пишет Я. Лианос, антимонопольное право, оперирующее потенциалом экономической науки, является необходимым балансирующим инструментом для права интеллектуальной собственности при стимулировании инноваций<sup>35</sup>. А Х. Ховенкамп резюмирует: «Мы очень неплохо понимаем, что такое конкуренция и что ее надо защищать. Однако мы с трудом понимаем, что такое интеллектуальная собственность и нужно ли ее охранять»<sup>36</sup>.

В этом контексте сделанные в упомянутом нами заключении ИЦЧП утверждения о том, что «отмена антимонопольных иммунитетов способна повлечь за собой дальнейшее снижение интереса к интеллектуальной собственности (прежде всего в области патентных прав), к отказу правообладателей от новых разработок, что в конечном итоге выразится в стагнации инновационного развития Российской Федерации»<sup>37</sup>, могут вызвать только искреннее недоумение.

<sup>32</sup> См. об этом: *Federico G., Scott Morton F.M., Shapiro C.* Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption (May 24, 2019). URL: <https://ssrn.com/abstract=3393911> (дата обращения: 26.02.2020). Также см.: *Shapiro C.* Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye? // *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited* / ed. by J. Lerner, S. Stern. University of Chicago Press, 2012. P. 361–404.

<sup>33</sup> *Concise international and European IP law: TRIPS, Paris Convention, European enforcement and transfer of technology* / ed. by T. Cottier, P. Véron. Kluwer Law International, 2008. P. 2.

<sup>34</sup> Promoting Access to Medical Technologies and Innovation.

<sup>35</sup> *Лианос Я.* Защита конкуренции и интеллектуальная собственность: спрос на новую модель регулирования, отвечающую динамике экономического развития // *Закон*. 2016. № 2. С. 46–62.

<sup>36</sup> *Hovenkamp H.* Signposts of Anti-competitive Exclusion: Restraints on Innovation and Economies of Scale // *International Antitrust Law & Policy 2006* / ed. by B.E. Hawk. Fordham Competition Law Institute, 2007. P. 413 et seq.

<sup>37</sup> Заключение ФГБНУ «Исследовательский центр частного права имени С.С.Алексеева при Президенте Российской Федерации» от 27.02.2018 № 130-Ц.

То есть, как это часто бывает с мифами, миф о том, что интеллектуальная собственность создает уникальные стимулы для инновационной деятельности и поэтому ее нужно оградить от антимонопольного контроля, существует только в сознании его носителей. Данный тезис может быть воспринят лишь априорно и некритически адептами культуры рента экономики.

#### 4. Миф о добром иностранном инвесторе

Один из самых распространенных мифов в стане наших оппонентов основан на ожидании снисхождения на Россию потока иностранных инвестиций, как только будет посажен последний отечественный пират и забит последний гвоздь в крышку гроба параллельного импортера. Параллельные импортеры действительно скоро уже переведутся вместе с остальным малым бизнесом, но манна из иностранных инвестиций с небес так и не падает. В чем же дело?

А в том, что количество иностранных инвестиций либо никак не связано с охраной интеллектуальной собственности, либо, что даже более вероятно, обратно пропорционально усилению охранительного уклона в этой сфере.

С 1995 г. правила охраны и использования интеллектуальной собственности стали частью глобальной системы регулирования торговли в рамках ВТО.

После принятия ТРИПС, ставшего одним из базовых договоров в системе ВТО, режим интеллектуальной собственности окончательно превратился в глобальный, утратив многие элементы гибкости и разнообразия, присущие ему ранее, а также, что крайне важно, был подчинен логике глобализации мировой торговли, заложенной в архитектуре ВТО, т.е. использование и воспроизводство человеческого знания было подчинено логике торговых отношений.

Сложившийся в результате указанных трансформаций правовой режим имеет теперь совсем иное значение для глобальной экономики, нежели в индустриальную эпоху.

Вопрос в том, выигрывают ли развивающиеся страны от принятия этих правил игры или проигрывают. Получили ли они что-то взамен за утверждение таких глобальных правил игры или нет?

Наши оппоненты с комсомольским задором утверждают<sup>38</sup>:

«Зарубежными учеными проведено множество исследований, доказывающих прямую зависимость между эффективностью защиты интеллектуальных прав и зарубежными инвестициями в экономику государства, привлекательностью соответствующего рынка для транснациональных инновационных компаний. Отмечается, что „интеллектуальные права повсеместно определяют решения о прямых иностранных инвестициях (FDI)“, „страны с сильным режимом интеллектуальных прав оказываются в лучшей позиции при привлечении инновационных потоков“»;

«в 1996 г. два американских исследователя провели опрос среди 100 крупнейших американских инновационных фирм (включая фармпроизводителей) на предмет того, готовы ли они поставлять новейшие высокотехнологические продукты через свои дочерние компании в государства, обеспечивающие недостаточную защиту интеллектуальных прав. Авторы пришли к однозначному выводу, что слабые интеллектуальные права значительно снижают инвестиционные потоки в инновационные отрасли государств».

Давайте посмотрим на реальную картину. Китай — страна, которая долгие годы входила в черные списки Госдепартамента США в части нарушения интеллектуальных прав американских компаний, — ключевой получатель иностранных инвестиций в мире.

Для примера: в 2004 г. немецкий концерн «Сименс» заключил с китайским партнером соглашение о строительстве современного завода стоимостью более миллиарда долларов США, и глава «Сименса» с гордостью объявил, что «Китай получит самые современные технологии для строительства скоростных поездов»<sup>39</sup>. В самом деле, в 2019 г. Китай создал самую крупную и инновационную в мире компанию

<sup>38</sup> Ворожевич А.С., Третьяков С.В. Указ. соч.

<sup>39</sup> Ren Sh. How Giants Fall in China // Bloomberg. 2019. 29 April. URL: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2019-04-29/>



по производству скоростных железнодорожных составов. Аналитики полагают, что китайские производители банально воспользовались разработками «Сименса» и произвели то, что принято называть обратным инжинирингом<sup>40</sup>. Созданная в результате таких методов китайская *CRRC* в несколько раз уже превосходит железнодорожное подразделение «Сименса» по оборотам<sup>41</sup>.

Сравните полученный результат с проектами крупноузловой сборки, реализуемыми иностранными компаниями в машиностроительном секторе России, по которым не только никаких технологий не передают, но и возможностей для эффективного обратного инжиниринга не создается.

«Движение в сторону усиления режима охраны интеллектуальной собственности в развивающихся странах преследует цель перераспределения экономических благ в пользу развитых экономик за счет получения ренты с потребителей и экономических агентов в развивающихся странах и снижения конкуренции»<sup>42</sup>, — к такому выводу пришла группа экономистов во главе с Д. Бейкером и Дж. Стиглицем.

Им вторит годовой доклад ЮНКТАД, опубликованный в 2018 г.: «Действительно, выбор институтов и политики имеет определяющее значение для перераспределения экономических благ, учитывая конфликт интересов и неравные переговорные возможности между развитыми и развивающимися странами»<sup>43</sup>.

К. Дир из Оксфорда в длительном исследовании того, как распространялся действующий режим охраны интеллектуальной собственности, приходит к выводу, что во многих случаях страны, которым явно невыгодно применение жесткой охраны интеллектуальной собственности, «соглашались на самые высокие стандарты охраны, существенно выше установленных Соглашением ТРИПС, и отказывались от использо-

вания предусмотренных этим Соглашением изъятий и гибкостей, которые вполне могли бы им помочь преодолеть социальные и экономические проблемы в сфере здравоохранения, образования или сельского хозяйства»<sup>44</sup>.

Существует немало свидетельств того, что такие решения принимались развивающимися странами под давлением развитых стран, сугубо эгоистически заинтересованных в перераспределении ресурсов в свою пользу<sup>45</sup>.

При этом, наоборот, гибкое регулирование или даже отказ от патентной охраны в области здравоохранения в Индии позволили за относительно короткий срок построить национальную фармацевтическую промышленность, которая сейчас стала мощной инновационной отраслью.

В ЮАР при лидерстве Н. Манделы было разрешено свободное использование запатентованных лекарств для лечения ВИЧ после того, как «Большая фарма» отказалась снизить цены для пациентов в Южной Африке, переживавшей эпидемию ВИЧ. Решение Манделы подверглось жесткой критике со стороны фармкомпаний, которые обратились с иском в суд против правительства Манделы. В итоге спор был урегулирован и фармкомпания согласились предоставить лекарства для ЮАР на устраивающих правительство условиях. Одной из причин такого урегулирования стало то, что суд потребовал фармкомпания раскрыть затраты на разработку и производство лекарств, чтобы оценить экономическую обоснованность их цены. Фармкомпания предпочли пойти на уступки в конкретном споре, а не создавать прецедент, формирующий подход к взвешенному рассмотрению подобного рода споров, основанному на оценке затрат и прибыли фармпроизводителей, а также интересов потребителей и экономического развития мира. Мужество Манделы в отстаивании национальных интересов ЮАР уже сейчас дало большие плоды: удалось купировать развитие эпидемии

china-s-giant-china-minsheng-investment-group-grew-too-fast (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> См.: <https://www.ft.com/content/d1ed2fd0-1315-11e9-a581-4ff78404524e> (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>42</sup> Baker D., Jayadev A., Stiglitz J. Op. cit.

<sup>43</sup> UNCTAD Trade and Development Report 2017. URL: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publication-id=1852> (дата обращения: 26.02.2020).

<sup>44</sup> Carolyn D. The Implementation Game: The TRIPs Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries. Oxford University Press, 2009.

<sup>45</sup> Morin J.-F., Gold E.R. An Integrated Model of Legal Transplantation: The Diffusion of Intellectual Property Law in Developing Countries // International Studies Quarterly. 2014. Vol. 58. P. 781–792.

ВИЧ, построить национальную фармацевтическую промышленность и систему здравоохранения, доступную для широких слоев населения.

Таким образом, режим охраны интеллектуальной собственности — это прежде всего инструмент перераспределения экономических благ. «Технологическая гонка вооружений между развивающимися странами, которые стараются получить наиболее ценные знания, и развитыми странами, которые стараются предотвратить передачу технологий, всегда была в центре игры за лидерство в экономическом развитии», — отмечает проф. Чанг<sup>46</sup>.

Получается, что и миф о добром иностранном инвесторе, несущем деньги исключительно тем странам, которые постоянно усиливают охранительный уклон в сфере интеллектуального права, очень далек от реальности. Часто добрый иностранный инвестор оказывается злым самаритянином, преследующим цели получения дополнительных рентных доходов с наивных жителей развивающихся стран.

## 5. Заключение

В России сегодня не только введен один из самых охранительных режимов интеллектуальных прав, но и продолжается деструктивная политика отказа от применения эффективных механизмов его балансировки.

Как известно, Закон о защите конкуренции содержит в ст. 10 и 11 так называемые антимонопольные иммунитеты в отношении оборота объектов интеллектуальных прав, соответственно, исключая из-под своего действия любые антиконкурентные действия, совершаемые в рамках осуществления интеллектуальных прав.

Доктрина, обосновывающая такое положение дел в российской науке, строится на трех мифологических китах — легальной монополии как особом свойстве исключительных прав, отличающем их от вещных; особом стимулирующем значении интеллектуальной

собственности для инновационной деятельности; добром иностранном инвесторе, который отблагодарит Россию за принятие жестких охранительных мер в его интересах.

Интересно, что миф об особой роли интеллектуальной собственности для привлечения иностранных инвесторов настолько живуч в российском контексте, что пробивает себе дорогу в самых неожиданных умозаключениях. Например, в добротном исследовании А.Е. Шаститко и А.А. Курдина о том, какой режим антимонопольного регулирования нужен России, чтобы привлечь побольше иностранных инвестиций, делается вывод, что раз общая институциональная среда у нас в стране не очень качественная, что снижает также качество администрирования и правоприменения, то лучше иметь более слабое антимонопольное регулирование и убрать его из такой важной для глобальных корпораций сферы, как оборот интеллектуальных прав. Тем самым будет меньше ошибок первого рода в правоприменении, и, соответственно, глобальные корпорации будут рады. В частности, авторы отмечают, что «упрощенный режим антимонопольной политики», под которым понимается антимонопольный режим, не затрагивающий наиболее чувствительные для глобального бизнеса рынки, «в развивающейся стране на какое-то время может стать ее конкурентным преимуществом, компенсирующим иные ее специфические недостатки»<sup>47</sup>. Под такими недостатками понимается общая неразвитость институтов. Другими словами, авторы призывают отказаться от борьбы за эффективное переопределение экономических благ антимонопольными средствами, предпочитая использование так называемых промежуточных институтов. Проще говоря, они призывают не использовать весь арсенал правовых средств, которые применяются в развитых экономиках для стимулирования инноваций, а ограничиваться только неким паллиативным решением, которое, по мнению авторов, не принесет большого вреда, хоть и не факт, что поможет.

<sup>46</sup> *Chang Ha-Joon*. Op. cit.

<sup>47</sup> *Курдин А.А., Шаститко А.Е.* Два аргумента за ограничение антитраста в реализации прав интеллектуальной собственности в развивающихся экономиках // Вопросы государственного и муниципального управления. 2017. № 1. С. 31–49.



Подобный подход, на наш взгляд, крайне непоследователен. Если уж занимать позицию, что полноценное антимонопольное регулирование «не является лучшей опцией для иностранных инвесторов»<sup>48</sup> в силу недостатка в развивающейся стране необходимых компонентов институциональной среды, то почему бы не распространить ее и на сферу интеллектуальных прав и не отказаться от патентной охраны как сложной системы норм, принятых в развитых экономиках. Вполне можно ограничиться промежуточным институтом правовой охраны лишь, например, произведений искусства. Это проще администрировать и создает меньше проблем, чем патентная система для инновационного развития.

Если в России удалось выстроить полноценную систему охраны интеллектуальной собственности, то непонятно, почему система антимонопольного регулирования должна быть промежуточной и, значит, урезанной.

В этом подходе отражается особое мифологическое представление об интеллектуальной собственности, в отношении которой рука не поднимается предлагать урезанный, промежуточный институт, ведь интеллектуальная собственность охраняет рентные интересы глобального капитала — не то, что антимонопольное регулирование, которое работает в интересах каких-то тульских мастеровых.

На наш взгляд, пока указанные мифологические конструкции в российском праве не будут преодолены и пока по заветам Конституционного Суда право интеллектуальной собственности не будет подчинено, как и право вещной собственности, логике «общего блага и необходимости поддержания конкурентной экономической среды»<sup>49</sup>, подвижек в инновационном развитии нашей страны не произойдет. Указанный Конституционным Судом императив общественного блага и защиты конкурентной среды должен стать эффективным противовесом все усиливающемуся, к сожалению, охранительному уклону в праве интеллектуальной собственности России. ■

## REFERENCES

Arrow, K.J. “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”, in: Nelson, R. (ed.). *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*. National Bureau of Economic Research, Inc., 1962. P. 609–626.

Baker, D., Jayadev, A. and Stiglitz, J. *Innovation, Intellectual Property, and Development: A Better Set of Approaches for the 21st Century*, available at: <http://cepr.net/images/stories/reports/baker-jayadev-stiglitz-innovation-ip-development-2017-07.pdf> (accessed 26 February 2020).

Carolyn, D. *The Implementation Game: The TRIPs Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*. Oxford University Press, 2009. 432 p.

Chang, Ha-Joon. *Bad Samaritans: The Myth of Free Trade and the Secret History of Capitalism*. Bloomsbury Press, 2009. 292 p.

Cottier, T. and Véron, P. (eds.). *Concise International and European IP Law: TRIPS, Paris Convention, European Enforcement and Transfer of Technology*. Kluwer Law International, 2008. 579 p.

Demsetz, H. “Information and Efficiency: Another Viewpoint”. *Journal of Law & Economics*. 1969. Vol. 12. Iss. 1. P. 1–22.

Dozortsev, V.A. *Intellectual Rights: Concept. System. Codification Objectives: Collected Articles [Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст.]*. Moscow, 2003. 416 p.

Federico, G., Scott Morton, F.M. and Shapiro C. *Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption (May 24, 2019)*, available at: <https://ssrn.com/abstract=3393911> (accessed 26 February 2020).

Hovenkamp, H. “Signposts of Anti-competitive Exclusion: Restraints on Innovation and Economies of Scale”, in: Hawk, B.E. (ed.). *International Antitrust Law & Policy 2006*. Fordham Competition Law Institute, 2007. P. 409–431.

Jaffe, A. and Lerner, J. *Innovation and its Discontents*. Princeton University Press, 2004. 256 p.

Kalyatin, V.O. “Struggling with Monopolism and Legal Monopoly” [*O bor’be s monopolizmom i legal’noy monopolii*]. *Competition and Law [Konkurentsia i pravo]*. 2013. No. 3, available at: <https://cljournal.ru/vybor/38/> (accessed 26 February 2020).

Kapczynski, A. “The Cost of Price: Why and How to Get Beyond Intellectual Property Internalism”. *UCLA Law Review*. 2012. Vol. 59. No. 4. P. 971–1026.

Kurdin, A.A. and Shastitko, A.E. “Two Arguments for a Limitation of Antitrust for IP-Related Deals in Emerging Market Economies” [*Dva argumenta za ogranicheniye antitrasta v realizatsii prav intellektual’noy sobstvennosti v razvivayushchikhsya ekonomikakh*]. *Public Administration Issues [Voprosy gosudarstvennogo i munitsipal’nogo upravleniya]*. 2017. No. 1. P. 31–49.

<sup>48</sup> Там же.

<sup>49</sup> Постановление КС РФ от 13.02.2018 № 8-П.

- Lianos, I. "Protection of Competition and IP: Demand for the New Regulation Corresponding to the Dynamics of Economic Change" [*Zashchita konkurentsii i intellektual'naya sobstvennost': spros na novuyu model' regulirovaniya, otvechayushchuyu dinamike ekonomicheskogo razvitiya*]. Statute [Zakon]. 2016. No. 2. P. 46–62.
- Mazzucato, M. The Entrepreneurial State: Debunking Public v. Private Sector Myths. Anthem, 2013. 266 p.
- Morin, J.-F. and Gold, E.R. "An Integrated Model of Legal Transplantation: The Diffusion of Intellectual Property Law in Developing Countries". International Studies Quarterly. 2014. Vol. 58. P. 781–792.
- Promoting Access to Medical Technologies and Innovation. WHO-WIPO-WTO, 2015, available at: [https://www.who.int/phi/PAMTI\\_WHO-WIPO-WTO.pdf](https://www.who.int/phi/PAMTI_WHO-WIPO-WTO.pdf) (accessed 26 February 2020).
- Qian, Y. "Do National Patent Laws Stimulate Domestic Innovation in a Global Patenting Environment? A Cross-Country Analysis of Pharmaceutical Patent Protection, 1978–2002". Review of Economics and Statistics. 2007. Vol. 89. P. 436–453.
- Qian, Y. Are National Patent Laws The Blossoming Rain? Paper No. 16295 in NBER Working Papers, 2010, available at: <https://www.nber.org/papers/w16295> (accessed 26 February 2020).
- Sampat, B. and Williams, H.L. How Do Patents Affect Follow-On Innovation? Evidence from the Human Genome. NBER Working Paper, 2014, available at: <https://www.nber.org/papers/w21666> (accessed 26 February 2020).
- Scotchmer, S. Innovation and Incentives. MIT Press, 2004. 376 p.
- Shapiro, C. "Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye?", in: Lerner, J. and Stern, S. (eds.). The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited. University of Chicago Press, 2012. P. 361–404.
- Stiglitz, J. "Inequality and Economic Growth". Political Quarterly. 2015. Vol. 86. P. 134–155.
- Stiglitz, J.E. "Economic Foundations of Intellectual Property Rights". Duke Law Journal. 2008. Vol. 57. P. 1693–1724.
- Ullrich, H. "Legal Protection of Innovative Technologies: Property or Policy?", in: Granstrand, O. (ed.). Economics, Law and Intellectual Property: Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field. Kluwer Academic, 2003. P. 439–487.
- UNCTAD Trade and Development Report 2017, available at: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1852> (accessed 26 February 2020).
- Vorozhevich, A.S. and Tretyakov, S.V. "The Utility of Intellectual Rights, Compulsory Licenses, and Bureaucratic Rents" [*Ob utilitarnosti intellektual'nykh prav, prinuditel'nykh litsenzyakh i byurokraticheskikh rentakh*]. Statute [Zakon]. 2017. No. 8. P. 140–165.
- Voynikanis, E.A. IP Rights in the Digital Era: Balance and Flexibility Paradigm [*Pravo intellektual'noy sobstvennosti v tsifrovuyu epokhu: paradigma balansa i gibkosti*]. Moscow, 2013. 820 p.

## INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

### Alexey Yu. Ivanov

Associate Professor of School of Public Law of the Faculty of Law at National Research University "Higher School of Economics", Director of the HSE — Skolkovo Institute for Law and Development, Director of the BRICS Antimonopoly Centre, Master of Private Law (Russian School of Private Law), LLM (Harvard) (e-mail: [aivanov@hse.ru](mailto:aivanov@hse.ru)).