

Обзор
**«Антимонопольное регулирование отношений с использованием
исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности»**

Евразийская экономическая комиссия

г. Москва

Содержание

I Введение	стр. 3
II. Международный опыт.....	стр. 7
Методические материалы конкурентных ведомств как целевой инструмент регулирования.....	стр. 9
США.....	стр. 10
Канада.....	стр. 28
Европейский союз.....	стр. 38
III. Вопросы соотношения антимонопольного регулирования и защиты прав на интеллектуальную собственность на территории ЕАЭС.	стр. 49
Российская Федерация.....	стр. 50

I. Введение

Настоящий обзор подготовлен Евразийской экономической комиссией (далее – Комиссия) и является материалом, цель которого – оказание содействия антимонопольным органам государств-членов Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС) и Комиссии в разрешении вопросов применения положений антимонопольного (конкурентного) законодательства к отношениям с использованием исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности.

Фактическое изменение структуры национальных и трансграничных товарных рынков, глобальное развитие IT технологий и постепенное замещение методов, используемых в классической модели бизнеса, инструментами, присущими цифровой экономике, свидетельствуют о новом периоде развития рыночных отношений.

Формирование новых рынков, основанных на использовании информационных и коммуникационных технологий, и обеспечение лидерства на этих рынках за счет развития глобальных игроков, сопряжено с вопросами использования объектов интеллектуальной собственности, в том числе как инструмента получения конкурентных преимуществ.

В таких условиях цифровой экономики использование интеллектуальной собственности, как элемента борьбы за рынок, несомненно, будет оставаться важным фактором и инструментом конкурентной борьбы.

Еще в 1997 году вопросам политики в области конкуренции, связанной с реализацией хозяйствующими субъектами своих прав на объекты интеллектуальной собственности, был посвящен Обзор Организации экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР) «Конкурентная политика и интеллектуальная собственность», в котором затронуты аспекты соотношения охраны интеллектуальной собственности и защиты конкуренции. Также в указанном обзоре рассмотрены подходы, которые бы обеспечивали соблюдение участниками рынка конкурентных условий при реализации ими своих прав на интеллектуальную собственность. Впоследствии данным вопросам были посвящены обзоры ОЭСР 2004, 2009, 2012¹ и 2019 годов².

¹ <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/1920398.pdf> (1997)

<http://www.oecd.org/daf/competition/34306055.pdf> (2004)

<http://www.oecd.org/daf/competition/45019987.pdf> (2009)

<http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf> (2012)

² [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)3/en/pdf) (2019)

С точки зрения презумпции добросовестного поведения и разумности в гражданских правоотношениях, наличие у лица исключительных прав на объект интеллектуальной собственности не предоставляет правообладателям свободу действий по злоупотреблению таким правом в ущерб другим участникам товарного рынка и конкуренции в целом.

При этом помимо недопущения злоупотребления исключительным правом в рамках гражданского права, во многих юрисдикциях, включая Соединенные Штаты Америки (далее – США), Европейский союз (далее – ЕС), Японию и страны БРИКС, злоупотребление исключительным правом при определенных условиях рассматривается как нарушающее требования конкурентного законодательства.

Стоит отметить и статью 40 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности от 15 апреля 1994 г. (Марракеш), в которой оговаривается, что некоторые виды лицензионной практики или условия, относящиеся к правам интеллектуальной собственности, которые ограничивают конкуренцию, могут иметь неблагоприятное воздействие на торговлю и препятствовать передаче и распространению технологий.

При этом указанная статья данного соглашения определяет, что члены Всемирной торговой организации (далее – ВТО) вправе указывать в своем законодательстве виды лицензионной практики или условия, которые в отдельных случаях могут являться злоупотреблением правом интеллектуальной собственности, оказывая неблагоприятное воздействие на конкуренцию на соответствующем рынке. Также члены ВТО могут с учетом положений данного соглашения принимать надлежащие меры, чтобы предотвращать или контролировать такую практику, которая может включать, например, исключительные условия по обратной передаче покупателем лицензии технической информации продавцу лицензии, условия, предотвращающие оспаривание юридической силы, и принудительный пакет лицензионных условий, в свете соответствующих законов и правил члена ВТО.

Таким образом, зарубежный опыт говорит не только о возможности, но и о целесообразности принятия мер в отношении отдельных видов лицензионной практики сопряженной с использованием прав на интеллектуальную собственность, которые ограничивают конкуренцию.

В последнее время на пространстве Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС) учеными, а равно регуляторами все чаще ставится вопрос о законодательном ограничении злоупотреблений такими правами посредством

инструментов антимонопольного регулирования.³ При этом отмечается, что такие меры должны быть направлены не в интересах отдельных игроков в бизнесе, сколько в целях динамичного инновационного развития товарных рынков, привлечения инвестиций, и, как итог, улучшения благосостояния конечных потребителей – физических лиц.

В этой связи возникает задача определения баланса между обеспечением защиты интеллектуальной собственности (как одного из инструментов инновационного развития) и защитой конкуренции на рынке, которая, безусловно, выступает гарантом динамичного и здорового развития товарных рынков.

Прежде всего, данный вопрос стоит в тех случаях, когда речь заходит о злоупотреблении субъектами рынка своими правами в целях получения рыночных преимуществ в ущерб другим хозяйствующим субъектам.

Следует отметить, что сама по себе правовая система защиты интеллектуальных прав направлена на обеспечение именно законных интересов правообладателя и не может использоваться им в целях злоупотребления правом, приводящим к ограничению конкуренции. Соответственно, возникает вопрос о пределах осуществления такого права в условиях ограничения конкуренции и угрозы монополизации товарного рынка.

При подготовке настоящего документа были использованы различные аналитические и научно-практические материалы экспертов в сфере антимонопольного законодательства и гражданского права, а также официальные документы и данные международных организаций и антимонопольных регуляторов, в частности результаты научно-исследовательской работы «Анализ отношений в сфере цифровой экономики, выявление ограничительных практик в поведении участников рынков», подготовленной Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» по заказу Комиссии.⁴

Примерами антиконкурентного поведения в борьбе за рынок являются договоренности между производителями фармацевтической продукции, призванные

³ См. Иванов А. Ю. Мифы о легальной монополии, или сказ о том, почему в России не развиваются инновации при упорной охране интеллектуальной собственности. Закон. 2020. № 2. С. 86-102.; Иванов А. Ю., Доценко А. В. Антимонопольное регулирование, цифровые платформы и инновации: дело Google и выработка подходов к защите конкуренции в цифровой среде. Закон. 2016. № 3. С. 31-45.; Пузыревский С., Гаджиев Г., Калятин В., Иванов А., Семенов А., Хабаров Д., Суворов К., Войниканис Е., Ворожевич А., Макдональд Б., Пружанский В. Антитраст в сфере интеллектуальной собственности: в поисках разумного баланса // Закон. 2018. № 2. С. 18 - 34.; Д.А. Гаврилов, А.С. Петрова, «Вызовы для антимонопольного регулирования в цифровую эпоху», Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2017 год. "Доклад ФАС России по правоприменительной практике, статистике типовых и массовых нарушений обязательных требований с разъяснением"; <https://fas.gov.ru/publications/18417%20b>

⁴ 1 этап НИР «Анализ отношений в сфере цифровой экономики, выявление ограничительных практик в поведении участников рынков», Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (2019 г.), стр. 383.

заблокировать или задержать появление на рынке непатентованных лекарственных препаратов (дженериков). В качестве примера можно обратиться к европейской практике, когда Европейская комиссия признала злоупотреблением доминирующим положением стратегию фармацевтической компании по искусственному продлению срока патентной защиты (дело AstraZeneca)⁵.

Также можно говорить и об антиконкурентных соглашениях между фармацевтическими компаниями и компаниями производителями воспроизведенных лекарственных препаратов (дженериков), в которых определяются условия задержки выпуска дженериков в обмен на уплату денежной компенсации – «pay-for-delay». Так, согласно данным Федеральной торговой комиссии США указанные сделки «pay-for-delay» создают условия, при которых потребители ежегодно переплачивают за лекарства 3.5 млрд. долларов⁶. В этой связи антимонопольные органы различных юрисдикций, в особенности ЕС и США, обращают особое внимание на такие соглашения⁷.

Типовыми ограничениями для лицензиатов, которые могут создавать риски ограничения конкуренции, как правило, являются требования заключать долгосрочный контракт, делающие финансово невозможными альтернативные договоренности с конкурирующими лицензиарами технологий или запрещающие лицензиату конкурировать или реализовывать товары, конкурирующими с продукцией патентообладателя.

Кроме того, это географические или территориальные ограничения или запреты на продажу лицензиатом продукции в лицензируемый географический регион, ограничения максимального объема продукции, который может произвести лицензиат на определенной территории, требование о выплате лицензионных платежей до начала производства или после истечения срока действия патента, требование об уплате лицензионных платежей вне связи с конкретной лицензией или конкретным товаром, а также установление минимальных розничных цен.

Также лицензионный договор может разрешать использование патентов лишь в определенных научных областях (лицензиату может, например, разрешаться

⁵ Commission Decision № C (2005) 1757 of 15 June 2005 (AstraZeneca). См. также решение Суда ЕС, который поддержал позицию Европейской комиссии: Judgment of the Court (First Chamber), 6 December 2012, case C-457/10 P (AstraZeneca v Commission).

⁶ <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-competition/pay-delay> (Pay-for-Delay: When Drug Companies Agree Not to Compete. Federal Trade Commission).

⁷ См., например: Commission Decision C (2013) 3803 final of 19 June 2013 (Lundbeck); Commission Decision C(2020) 8153 final of 26.11.2020 (Teva). См. также: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_1022 (Antitrust: Commission opens formal investigation into possible anticompetitive conduct of Teva in relation to a blockbuster multiple sclerosis medicine).

использовать патент для разработки лекарственных и фармацевтических препаратов или процессов, но не промышленных товаров или процессов).

При этом, как правило, в договорных условиях предусматриваются положения о штрафных санкциях, обязывающих патентообладателя или лицензиата заплатить штраф в случае невыполнения определенных условий, в том числе вступления в коммерческие отношения с другой фирмой – конкурентом правообладателя.

Таким образом, использование исключительных прав на объекты ИС в ущерб базовым принципам конкуренции в государствах-членах ЕАЭС является актуальным вопросом.

II. Международный опыт

Как уже отмечалось, законодательство США и ЕС не предоставляет правообладателям ИС безусловные «иммунитеты» от запретов, предусмотренных в национальных антимонопольных актах.

В США система антимонопольного контроля замыкается на Министерстве юстиции США и Федеральной торговой комиссии (далее соответственно – Минюст США, ФТК, Агентства), которые совместно выполняют задачу по обеспечению соблюдения антитрестовского законодательства (в первую очередь это сговоры, злоупотребление доминирующим положением и экономическая концентрация). Тремя основными федеральными антимонопольными законами США являются так называемые Закон Шермана, Закон Клейтона и Закон о ФТК (последний запрещает недобросовестную конкуренцию, а также недобросовестные или вводящие в заблуждение действия и практики, и применяется исключительно ФТК).

Закона Шермана запрещает:

- Антиконтентные сговоры. Раздел 1 данного закона запрещает объединения, договоры или соглашения, которые необоснованно ограничивают торговлю на внутренних или международных рынках. Подавляющее большинство деятельности по лицензированию ИС оценивается, исходя из принципа разумности, хотя некоторые горизонтальные ограничения, такие как чистое фиксирование цены или соглашения о распределении рынков между конкурентами, считаются незаконными сами по себе.

- Злоупотребление рыночной властью. Статья 2 данного закона регулирует одностороннее поведение и запрещает монополизацию, а также умышленное приобретение или сохранение монопольной власти посредством антиконкурентного

поведения. При этом не рассматривает незаконным обладание доминирующим положением, которое является результатом превосходства продукта, деловой хватки или исторической случайности при отсутствии злоупотреблений или антиконкурентного поведения.

Закон Клейтона запрещает слияния и поглощения, которые могут существенно ослабить конкуренцию, а также запрещает определенные виды деловой практики, если они уменьшают конкуренцию и ведут к созданию монополии. При этом Агентства анализируют продажу правообладателем интеллектуальной собственности как обычную сделку.

Накопленный американский опыт антимонопольного регулирования показал, что и чрезмерно ограничительный режим (жесткие запреты на определенные действия), и чрезмерно либеральный (полное освобождение владельцев патентов от антимонопольного контроля) приводят к негативным последствиям для рынков. В этой связи антитрестовское законодательство США прошло путь от «жестких» запретов до «правила разумности», с учетом прецедентных судебных решений.

Применимость законодательства о конкуренции к отношениям связанным с использованием ИС определена и на территории ЕС.

В практике ЕС сама возможность применения антимонопольного законодательства к правоотношениям с использованием объектов интеллектуальной собственности также не вызывает сомнений.

В частности, статьи 101 и 102 Договора о функционировании Европейского союза (далее – Договор), предусматривают соответственно санкции за антиконкурентные соглашения и согласованные практики, а также за злоупотребление доминирующим положением. При этом они в полной мере применяются и к исключительным правам, а детализация такого применения отражена в подзаконных документах, принятых в развитие указанных положений Договора, в форме Регламентов и Руководств.

Таким образом, ЕС придерживается сбалансированного подхода в вопросе применения конкурентного законодательства к объектам интеллектуальной собственности.

Изучение взаимосвязи между целями политики в области конкуренции и интеллектуальной собственности со стороны ЮНКТАД показали необходимость сбалансированного подхода к защите интеллектуальной собственности и конкуренции. Так в служебной записке ЮНКТАД от 17 августа 2016 года отмечается, что основная цель политики в сфере интеллектуальной собственности заключается в поощрении инновационной деятельности и стимулировании

инноваций путем предоставления временной защиты изобретателям. Цель политики в области конкуренции заключается в поощрении экономической эффективности и обеспечении эффективного функционирования рынков в интересах потребителей путем исправления сбоев рынка. Конечная цель политики как в области интеллектуальной собственности, так и в области конкуренции заключается в ускорении экономического роста и повышении благосостояния потребителей.

Также в указанном документе отмечается несколько возможных вариантов борьбы со злоупотреблениями правами интеллектуальной собственности:

во-первых, пользование правами интеллектуальной собственности может регулироваться законодательством о конкуренции. Для этого законы о конкуренции должны применяться к такой практике в полном объеме. Это должно быть конкретно прописано в положениях законодательства, определяющих сферу его применения;

во-вторых, связанные с интеллектуальной собственностью дела о конкуренции могут рассматриваться под углом зрения запретительных положений и изъятий, которые предусмотрены некоторыми соглашениями или договоренностями по вопросам интеллектуальной собственности;

в-третьих, государственные органы могут издавать дополнительные руководящие указания, разъясняющие, при каких обстоятельствах лицензионные соглашения могут вредить конкуренции.

Методические материалы конкурентных ведомств как целевой инструмент регулирования

Методические рекомендации антимонопольных органов – важный инструмент для выражения стратегических целей государственного регулирования и способ создания ориентиров для хозяйствующих субъектов. В сфере влияния на конкуренцию объектов интеллектуальной собственности роль методических рекомендаций и программных заявлений представителей антимонопольных органов является особенно важной.

У антимонопольных органов ряда экономически развитых стран: США, ЕС, Канада, Австралия, Япония, Корея имеются методические рекомендации той или иной степени разработанности по вопросам влияния прав ИС на конкуренцию.

Наиболее подробно рассмотрим подход на примере рекомендаций США, Канады и ЕС.

США

Антимонопольное руководство по лицензированию интеллектуальной собственности (далее – Руководство по лицензированию), выпущенное Минюстом США и ФТК 12 января 2017 года, определяет политику Минюста США и ФТК в отношении лицензирования интеллектуальной собственности. В данном документе указанные Агентства разъясняют компаниям свою политику, чтобы они могли заранее понимать, будут или нет, их действия рассматриваться, как антиконкурентные.

В США наличие патента дает право не допускать других лиц до создания, использования или продажи изобретения, защищенного патентом в течение определенного периода времени. При этом законодательство США об интеллектуальной собственности и антимонопольное законодательство имеют общую цель – это повышение благосостояния потребителей посредством продвижения инноваций. Антимонопольное же законодательство, поощряя инновации, запрещает определенные действия, которые могут нанести ущерб конкуренции в отношении существующих или новых способов обслуживания потребителей.

В этой связи Руководство по лицензированию содержит три основных принципа:

- применение антимонопольного регулирования к сфере интеллектуальной собственности в той же мере, что и к другим формам собственности с учетом их специфики;
- наличие интеллектуальной собственности само по себе не определяет наличие рыночной власти;
- лицензирование интеллектуальной собственности способствует конкуренции.

Первый принцип, хотя и говорит о том, что общие антимонопольные требования распространяются на действия с использованием объектов интеллектуальной собственности, все же не означает, что интеллектуальная собственность во всех отношениях такая же, как и любая другая форма собственности. В контексте Руководства по лицензированию ИС имеет важные характеристики, такие как легкость незаконного присвоения, которые отличают ее от многих других форм собственности. Однако эти характеристики могут быть учтены с помощью стандартного антимонопольного анализа и не требуют применения принципиально иных подходов. Антимонопольный анализ хоть и учитывает различия между формами ИС (например, патент и авторское право) при

оценке конкретных рыночных обстоятельств, базовые антимонопольные подходы будут в целом одинаковыми.

Антимонопольное законодательство США, как правило, не налагает ответственности на правообладателя за односторонний отказ в предоставлении своим конкурентам права использования ИС. Это определено целью сохранять стимулы для инвестиций и инноваций. Вместе с тем, при определенных условиях антимонопольное законодательство становится применимым к действиям с использованием объектов интеллектуальной собственности, в случае если они приводят к антиконкурентным последствиям.

Таким образом, первый принцип сводится к отсутствию строгих запретов в отношении действий по распоряжению ИС, с одной стороны, но с другой стороны, не означает полную свободу для правообладателей от антимонопольного контроля.

Второй принцип базируется на том, что само по себе наличие, например, патента или авторского права не говорит о наличии рыночной власти. Ограничения, налагаемые правообладателем на принадлежащую ему ИС, для других участников рынка могут легко нивелироваться наличием альтернативных объектов интеллектуальной собственности. Кроме того, даже если лицо и получает значительную рыночную долю на рынке, само по себе такое положение лица не будет рассматриваться в качестве нарушения антимонопольного законодательства и не налагает на него обязательств по передаче таких прав иным лицам.

«Как и с любым другим активом, который позволяет его владельцу получать значительную сверхконкурентоспособную прибыль, рыночная власть (или даже монополия), являющаяся исключительно «следствием превосходства продукта, деловой хватки или исторического стечения обстоятельств», не нарушает антимонопольное законодательство. Также такая рыночная власть не налагает на владельца интеллектуальной собственности обязательства лицензировать использование такой собственности другим.»⁸

Таким образом, второй принцип строится на том, что несмотря на наличие ИС, необходимо учитывать все остальные факторы и признаки, указывающие на наличие/отсутствие рыночной власти.

Третий принцип говорит о том, что ИС должна являться дополнительным фактором в развитии производства товаров, а правообладатель должен обеспечить реализацию ее коммерческой ценности. Это достигается, прежде всего, посредством

⁸ https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf (2.2 Intellectual Property and Market Power, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property 12 January 2017)

лицензирования ИС и, соответственно, более эффективного использования данного института. Лицензионные соглашения увеличивают ценность интеллектуальной собственности, а сам институт лицензирования позволяет правообладателю направлять доход от своих инвестиций в создание и разработку новых изобретений за счет получения лицензионного вознаграждения (роялти) обеспечивая тем самым стимулы для дальнейших инвестиций.

Ограничения в сферах использования, территориальные и другие ограничения, предусмотренные лицензиями на интеллектуальную собственность, могут быть проконкурентными, позволяя лицензиару использовать свою собственность максимально эффективно и действенно. Вместе с тем действия по целенаправленному неиспользованию ИС, например, патента на изобретение, когда это не дает возможности разработать конкурентам другой инновационный продукт или произвести определенный товар, могут быть рассмотрены как антиконкурентные и потребуют антимонопольного вмешательства:

*«Ключевой вопрос конкуренции, затрагиваемый лицензионным соглашением, заключается в том, что включает ли оно какие-либо положения, которые могут нанести ущерб конкуренции между организациями, которые были бы фактическими или потенциальными конкурентами в отсутствие соглашения. Такой ущерб может иметь место, если, например, лицензии блокируют доступ к конкурирующим технологиям, не позволяют лицензиатам разрабатывать свои собственные конкурирующие технологии или способствовать распределению рынка или установлению цен на любой продукт или услугу, предоставляемую лицензиатами. Если лицензионные соглашения содержат какое-либо такое положение, Агентство, оценивающее соглашение, проанализирует его вероятные конкурентные эффекты.»*⁹

В Руководстве по лицензированию отмечается, что Агентства, рассматривая лицензионные соглашения, ориентируются не на их формальные условия, а будут анализировать фактические или возможные последствия реализации такого соглашения для конкуренции:

«Агентства обычно не требуют, чтобы владелец интеллектуальной собственности создавал конкуренцию своим собственным технологиям. Тем не менее, антимонопольные проблемы могут возникнуть, когда лицензионное соглашение наносит ущерб конкуренции между субъектами, которые при отсутствии лицензии были бы фактическими или потенциальными конкурентами

⁹ 2.3 Procompetitive Benefits of Licensing, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12 January 2017)

на соответствующем рынке (субъекты в «горизонтальных отношениях»). Ограничение в лицензионном соглашении может нанести ущерб конкуренции, например, если оно облегчает разделение рынка или установление цен. Кроме того, лицензионные ограничения в отношении одного рынка могут нанести вред конкуренции на другом рынке, поскольку они блокируют доступ к важным ресурсам или значительно повышают их стоимость, или ограничивают выпуск продукции, способствуя координации в целях повышения стоимости или сокращения объема производства.»¹⁰

В случае выявления признаков, указывающих на возможные отрицательные последствия для конкуренции (такowymi являются негативное влияние на цены, количество, качество или ассортимент товаров и услуг) Агентства, как правило, определяют один или несколько товарных рынков, затронутых этим соглашением, на которых такие последствия могут возникнуть. Вместе с тем Агентства в определенных случаях анализируют влияние таких лицензионных соглашений и на смежные рынки технологий или исследований (разработок).

Так, оценка воздействия лицензионного соглашения может затрагивать ряд различных товарных рынков. Ограничение в лицензионном соглашении может оказывать влияние на конкуренцию на рынках конечных или промежуточных товаров, произведенных с использованием интеллектуальной собственности, или может оказывать влияние на рынки товаров, которые используются в качестве материалов для производства других товаров наряду с интеллектуальной собственностью. В целом, в отношении товарных рынков, затронутых лицензионным соглашением, и расчета рыночных долей Агентства проводят анализ антиконкурентных эффектов (определяют структуру рынка, процессы координации в рамках соглашений, передачу права выкупа), соотносят эффективность соглашений и предположительный вред для конкуренции, а также определяют попадает ли лицензионное соглашение в антимонопольную «зону безопасности».

Например, рынки технологий состоят из лицензированной ИС («лицензированная технология») или технологий или товаров, которые являются ее близкими заменителями. В случае если права на ИС продаются отдельно от продуктов, в которых они используются, Агентства могут анализировать конкурентные эффекты лицензионных соглашений на рынке технологий.

Анализ влияния на конкуренцию на рынках исследований и разработок осуществляется Агентствами в случаях, если лицензионное соглашение может

¹⁰ 3.1 Nature of Concerns, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12 January 2017)

отрицательно повлиять на конкуренцию в разработке новых или улучшенных товаров:

«Рынок исследований и разработок состоит из активов, включающих научные исследования и разработки, связанные с идентификацией коммерческого продукта или предназначенных для конкретных новых или улучшенных товаров или процессов, а также взаимозаменяемых исследований и разработок..... Агентства разграничивают рынок исследований и разработок только тогда, когда возможности для участия в соответствующих исследованиях и разработках могут быть связаны со специализированными активами или характеристиками конкретных компаний.

При оценке конкурентной значимости нынешних и потенциальных участников рынка исследований и разработок Агентства учитывают все относящиеся к делу доказательства. Если имеются данные о доле рынка, и они точно отражают конкурентную значимость участников рынка, Агентства включают в свой анализ данные о доле рынка.

Агентства также будут запрашивать сведения у покупателей и участников рынка о конкурентных преимуществах участников рынка, занимающихся исследованиями и разработками. Такие сведения особенно важны, когда данные о доле рынка недоступны или неточно отражают конкурентную значимость участников рынка. При оценке рыночной доли участников рынка исследований и разработок Агентства могут основываться на долях их идентифицируемых активов или характеристик, от которых зависит инновация, например, на долях расходов на исследования и разработки или на долях соответствующего продукта. Если компании имеют похожие возможности и стимулы для проведения исследований и разработок и являются взаимозаменяемыми для научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ сторон лицензионного соглашения, Агентства могут установить равные доли рынка таким компаниям.»¹¹

Таким образом, соглашение о лицензировании может оказывать влияние на конкуренцию в сфере исследований и разработок, которое не может быть выявлено путем анализа рынков товаров или технологий. Например, соглашение может повлиять на инновации, связанные с исследованиями по созданию коммерческого продукта или с разработкой конкретных товаров или услуг. В качестве альтернативы соглашение может повлиять на разработку новых или улучшенных

¹¹ 3.2.3 Research and Development Markets, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property 12 January 2017

товаров или процессов на географических рынках, где нет реальной или потенциальной конкуренции соответствующих товаров.

Горизонтальные и вертикальные отношения

Отдельным предметом анализа со стороны Агентств является определение схемы правоотношений между сторонами лицензионных соглашений: наличие в них преимущественно горизонтальных или вертикальных признаков, либо наличие в них как горизонтальных, так и вертикальных признаков. «...Например, основным видом деятельности лицензиара могут быть научные исследования и разработки, а лицензиаты, как производители, могут приобретать у них права на разработанные ими технологии. В качестве альтернативы лицензиар может быть производителем компонента, и владеть правами интеллектуальной собственности на продукт, который производит лицензиат, комбинирую такой компонент с другими комплектующими, или лицензиар может сам производить продукт, а лицензиат, в свою очередь, может заниматься вопросами маркетинга и дистрибуции».

В дополнение к этому вертикальному компоненту лицензионное соглашение может также иметь горизонтальный компонент. В аналитических целях Агентства обычно считают, что отношения между лицензиаром и его лицензиатами или между лицензиатами имеют горизонтальный компонент, если бы в отсутствие лицензии они были фактическими или потенциальными конкурентами на соответствующем рынке, даже если вертикальная связь также существует.»¹²

Таким образом, Агентства не рассматривают сам факт наличия горизонтальных и вертикальных соглашений между лицензиаром и лицензиатом в качестве нарушений антимонопольного законодательства, опираясь исключительно на выявление возможных негативных последствий для конкуренции при реализации таких соглашений.

В подавляющем большинстве случаев ограничения в лицензионных соглашениях об интеллектуальной собственности оцениваются Агентствами по принципу разумности, который заключается в установлении наличия/отсутствия антиконкурентных последствий и, если соответствующие ограничения присутствуют, определении насколько оно необходимо для достижения проконкурентных выгод, которые перевешивают это антиконкурентное воздействие.

¹² 3.3 Horizontal and Vertical Relationships, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property 12 January 2017

Однако, американская судебная практика свидетельствует о том, что если «характер и результат ограничения настолько явно антиконкурентен»¹³, то его следует рассматривать как незаконный сам по себе, без тщательного исследования возможного воздействия на конкуренцию. Среди ограничений, которые были признаны безусловно незаконными (*per se*), можно назвать явное установление цен, ограничение объема производства и разделение рынка между конкурентами, а также определенные групповые отказы от заключения договоров.

Примеры:

Компания «Гатта», которая производит продукт X, используя запатентованный процесс, предлагает лицензию на свою технологию производства любому другому производителю продукта X, каждый из которых конкурирует с Гатта по всему миру в производстве и продаже X. Технология процесса не представляет собой экономическое улучшение по сравнению с доступными существующими технологиями. Хотя большинство производителей принимают лицензии от Гатта, ни один из лицензиатов фактически не использует лицензированную технологию.

Лицензии предусматривают, что каждый производитель имеет исключительное право продавать продукт X, изготовленный с использованием лицензионной технологии, в определенной географической области, и что ни один производитель не может продавать продукт X, как бы он ни производился, за пределами указанной территории.

Производители продукта X находятся в горизонтальных отношениях на соответствующем рынке продукта X. Любые производители продукта X, которые контролируют технологии, которые могут заменить по сопоставимой стоимости технологические процессы Гатта, также являются горизонтальными конкурентами Гатта на соответствующем рынке технологий. Лицензиаты технологии процессов Гатта формально находятся в вертикальной связи с Гатта, хотя в данном примере это несущественно, поскольку они фактически не используют технологию Гатта.

Лицензионное соглашение ограничивает конкуренцию на товарном рынке среди производителей продукта X, требуя от каждого производителя ограничивать свои продажи на эксклюзивной территории. Таким образом, конкуренция между субъектами, которые были бы фактическими конкурентами в отсутствие лицензионного соглашения, ограничена.

¹³ FTC v. Super. Ct. Trial Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411, 433 (1990); Nat'l Soc. of Prof'l Eng'rs v. United States, 435 U.S. 679, 692 (1978).

Исходя из вышеизложенных фактов, лицензионное соглашение не предусматривает **полезной передачи технологии**, и поэтому маловероятно, что ограничение продаж за пределами обозначенных территорий способствует повышению эффективности интеграции экономической деятельности. Следовательно, Агентство, проводящее оценку, скорее всего, будет оспаривать соглашение в соответствии с правилом *per se* как схему горизонтального распределения рынка по территориям, и **рассматривать аспекты интеллектуальной собственности в данном случае как обман, призванный скрыть его истинный характер.**

Если лицензионное соглашение будет способствовать повышению эффективности интеграции экономической деятельности, как, например, если бы лицензированная технология была бы более продвинутой, чем существующие процессы, и использовалась лицензиатами, Агентство проанализирует соглашение в соответствии с **правилом разумности.**¹⁴

Дело United States v. Microsoft Corporation

Правительство США обвинило компанию Microsoft в незаконном злоупотреблении своей рыночной властью путем установления технических ограничений для доступа к своей операционной системе Windows другим разработчикам браузеров (в ОС Windows по умолчанию устанавливался Internet Explorer). Соответственно без предоставления со стороны компании Microsoft кода, интеграция сторонних браузеров в указанную ОС становится невозможной.

На суде окружной суд постановил, что действия Microsoft представляют собой незаконную монополизацию в соответствии с разделом 2 антимонопольного закона Шермана 1890 года, Апелляционный суд округа Колумбия США подтвердил большинство решений окружного суда.

Центральным вопросом в этом деле было определение ОС и браузера либо как единого интегрированного продукта, либо как самостоятельных продуктов.

Следует отметить, что Федеральная торговая комиссия начала расследование в отношении возможных злоупотреблений компании Microsoft на рынке операционных систем для персональных компьютеров еще в 1992 году. Но в 1993 году расследование прекратили. Однако расследование было возобновлено Министерством юстиции США. В последующие годы компания Microsoft настаивала на том, что браузер Internet Explorer был не продуктом, а функцией в ОС Windows. Минюст США не согласился с этим выводом, считая, что именно их

¹⁴ 3.4 Framework for Evaluating Licensing Restraints, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12 January 2017)

интеграция дала возможность компании Microsoft злоупотребить своей рыночной властью и ограничить конкуренцию на рынке веб-браузеров (таких как Netscape Navigator или Opera), так как загрузка или покупка потребителем соответствующего программного обеспечения обычно занимала некоторое время. В основе этих споров лежали вопросы о том, манипулировала или нет Microsoft своими интерфейсами прикладного программирования в пользу своего браузера по сравнению со сторонними веб-браузерами, а также поведение компании Microsoft при заключении ограничительных лицензионных соглашений с производителями оригинального оборудования.

Окружной суд штата Колумбия посчитал, что в данном случае речь идет о двух продуктах, один из которых (ОС) имеет самостоятельный функционал, а второй (браузер) поставляется в форме самостоятельного (автономного) приложения или в составе комплектного программного обеспечения. Компания Microsoft была признана виновной в «поддержании монополизации» на рынке операционных систем. Однако Апелляционный суд округа Колумбия, применил правило разумного подхода и постановил, что ОС Windows и Internet Explorer должны рассматриваться как единый интегрированный продукт, предлагающий наибольшую выгоду потребителям с точки зрения цены, легкости установки и качества использования.

2 ноября 2001 г. Министерство юстиции достигло соглашения с Microsoft об урегулировании дела. Предлагаемое урегулирование потребовало от Microsoft поделиться своими интерфейсами программирования приложений со сторонними компаниями.

Дело Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services¹⁵

Компания Kodak производит и продает копировальные аппараты и микрографическое оборудование, охраняемые патентом, а также осуществляет сервис и поставляет запасные части для своего оборудования. В начале 1980-х гг. независимые сервисные организации (ISO) начали обслуживать копировальное и микрографическое оборудование компании Kodak. Также они продавали запчасти, ремонтировали и продавали поддержанное оборудование компании Kodak. Их клиентами были федеральные, государственные и местные органы власти, банки, страховые компании, промышленные предприятия, а также поставщики специализированных услуг копирования и микрофильмирования.

¹⁵ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/case.pdf>)

В 1985 и 1986 годах компания Kodak реализовала политику продажи запасных частей для микрографических и копировальных машин только покупателям оборудования Kodak, пользующимся сервисными услугами компании Kodak. В рамках этой же политики компания Kodak стремилась ограничить доступ ISO к другим источникам компонентов Kodak. Кроме того, политика содержала условия об отказе покупателей оборудования Kodak в приобретении соответствующих услуг и товаров у его сервисных конкурентов - ISO. При этом выставлялись условия о продаже товара при условии приобретения другого, дополнительного товара (услугу) Kodak. Таким образом, принятая политика, ограничивала доступность деталей для независимых ISO, а их клиенты были вынуждены перейти на сервис компании Kodak, даже если они ранее предпочитали пользоваться услугами ISO.

В этой связи 18 независимых ISO подали иск против компании Kodak, в части ее действий по незаконной продаже услуг по техническому обслуживанию в нагрузку к продаже запасных частей Kodak при одновременном создании условий затрудняющих деятельность ISO по сервисному обслуживанию клиентов компании Kodak.

По результатам судебных разбирательств девятый апелляционный суд США признал положения такой политики компании Kodak нарушением Закона Шермана. При этом судом сделан вывод, что компания Kodak, обладая рыночной властью, в том числе, учитывая права на объекты интеллектуальной собственности, на одном рынке (оборот копировальной техники), посредством своей политики может оказывать существенное влияние и на условия обращения связываемого товара (сервисные услуги).

Правило разумности (rule of reason)

Как следует из Руководства по лицензированию, применение правила разумности требует исследования возможных последствий рассматриваемого поведения для конкуренции: *«всегда существует что-то вроде скользящей шкалы в оценке разумности..., качество требуемых доказательств должно зависеть от обстоятельств.»*¹⁶.

Соответственно, если Агентства приходят к выводу, что ограничение не имеет вероятных антиконкурентных последствий, они будут относиться к нему как к разумному (без тщательного анализа влияния на рынке или обоснования ограничения). И наоборот, если ограничения, вытекающие из содержания

¹⁶ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, section 3.4, page 17 (цитата из документа Верховного суда - FTC v. Actavis, Inc., 133 S. Ct. 2223, 2237-38 (2013) (alteration in original) (quoting Cal. Dental Ass'n v. FTC, 526 U.S. 756, 780 (1999))

соглашения, приводят или наверняка могут привести, например, к повышению цен, сокращению продукции, и не имеют разумной связи с эффективностью, Агентства будут оспаривать его без тщательного анализа обстоятельств.¹⁷

Руководством по лицензированию определяются общие принципы оценки лицензионных соглашений в соответствии с правилом разумности. При этом Агентства придерживаются определенных критериев при рассмотрении вопросов ограничений в рамках лицензионных соглашений при горизонтальных или вертикальных отношениях.

Так, в части горизонтальных отношений Агентства видят риски согласованного ценообразования, ограничения выпуска, приобретения или поддержания рыночной власти, а также создание значительного риска ограничения разработки новых или улучшение существующих товаров или процессов. При этом наступление таких негативных последствий для конкуренции сопряжено, например, со степенью экономической концентрации, сложностью входа на рынок, а также реакцией спроса и предложения на изменения цен на соответствующих рынках.

При вертикальных отношениях, Агентства будут анализировать такие факторы как: возможность нанесения вреда конкуренции в условиях горизонтальных отношений между компаниями на уровне лицензиара или лицензиатов, или на другом смежном рынке, барьеры для входа на рынок, увеличение затрат конкурентов на получение важных ресурсов, долей участников рынка, затронутых ограничением лицензирования, длительность ограничений и другими характеристиками рынка. Также в качестве фактора рассматривается и ограничение, облегчающее координацию между субъектами в горизонтальных отношениях для повышения цен или сокращения объемов производства на соответствующем рынке.¹⁸

«Например, лицензиарам может быть проще координировать свои цены, если владельцы конкурирующих технологий налагают одинаковые ограничения на своих лицензиатов. Аналогичным образом, лицензиатам, являющимся конкурентами, может быть проще координировать свои цены, если на них распространяются общие ограничения в лицензиях с общим лицензиаром или конкурирующими лицензиарами. Риск антиконкурентной координации увеличивается, когда соответствующие рынки концентрированы и труднодоступны. Однако использование подобных ограничений может быть распространенным и не

¹⁷ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, section 3.4, page 18

¹⁸ 4.1.1 Market Structure, Coordination, and Foreclosure, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12 January 2017)

нарушать конкуренции в отрасли, поскольку они способствуют эффективной эксплуатации лицензируемого имущества»¹⁹.

При этом Агентства придерживаются того, что лицензионное соглашение не ограничивает конкуренцию только потому, что некоторые или все потенциальные лицензиаты в отрасли предпочитают использовать лицензированную технологию, исключая другие технологии. Исключительное использование может быть эффективным следствием того, что лицензированная технология имеет самую низкую или самую высокую стоимость.²⁰

Оценка эффектов

В своей практике последствиям для конкуренции Агентства оценивают эффекты, в том числе, исходя из эксклюзивности либо не эксклюзивности лицензионных соглашений.

Стоит отметить, что Руководством по лицензированию не эксклюзивные лицензии, которые не содержат каких-либо ограничений в отношении конкурентного поведения лицензиара или лицензиата, как правило, не рассматриваются в качестве документов, вызывающих определенные проблемы в рамках антимонопольных вопросов. Этот принцип сохраняется даже в том случае, если стороны лицензии находятся в горизонтальных отношениях, поскольку не эксклюзивная лицензия обычно не ограничивает конкуренцию, которая могла бы возникнуть при ее отсутствии²¹.

Вместе с тем в Руководстве по лицензированию отмечается, что в ряде случаев и не эксклюзивная лицензия может иметь антиконкурентный эффект если ее условия значительно увеличивают расходы лицензиата при использовании конкурирующих технологий. При этом не эксклюзивная лицензия может привести к эксклюзивному эффекту, если исходя из ее структуры лицензиар вряд ли будет выдавать лицензию другим или применять саму технологию. Таким образом не эксклюзивная лицензия может иметь последствия эксклюзивного поведения.

Предоставление эксклюзивной лицензии, которая ограничивает способность лицензиара, (например, **выдавать лицензию другим или самостоятельно использовать саму технологию**) может приводить к проблемам для конкуренции. При этом такая возможность возникает в том случае, если лицензиары или лицензиаты, а также лицензиар и его лицензиаты действуют в рамках горизонтальных отношений.

¹⁹ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, section 4.1.1, page 20

²⁰ 4.1.1 Market Structure, Coordination, and Foreclosure, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12 January 2017)

²¹ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, section 4.1.2, page 21

В контексте вопросов интеллектуальной собственности эксклюзивные отношения/эксклюзивность возникают в случаях, когда лицензия препятствует лицензиату лицензировать, продавать, распространять или использовать конкурирующие технологии.

В этой связи Агентства при определении вероятности того, что эксклюзивные соглашения могут ограничивать конкуренцию на соответствующем рынке, будут учитывать степень, в которой соглашение:

- содействует использованию и развитию технологии лицензиара;
- лишает права использовать и развивать конкурирующие технологии, или каким-либо иным образом ограничивает конкуренцию между ними.

«Вероятность того, что эксклюзивная сделка может иметь антиконкурентные последствия, связана, в частности, с уровнем доступа на соответствующий рынок, продолжительностью эксклюзивной сделки и другими характеристиками рынков сырья и продукции, такими как концентрация, трудность входа и реагирование спроса и предложения на изменения цен на соответствующих рынках. Если Агентства установят, что конкретное эксклюзивное соглашение может иметь антиконкурентные последствия, они оценят степень, в которой ограничение стимулирует лицензиатов разрабатывать и продавать лицензированную технологию (или специализированные приложения этой технологии), усиливает стимулы лицензиаров для разработки или совершенствования лицензированной технологии или иным образом усиливает конкуренцию и повышает производительность на соответствующем рынке»²².

Также необходимо остановиться на вопросах оценки соглашений о перекрестном лицензировании.

Перекрестное лицензирование (cross-license) – это способ оформления лицензии, когда две стороны (лицензиат и лицензиар) передают друг другу права на использование запатентованных ноу-хау, находящихся в собственности каждого из них.

В принципе такой способ лицензирования призван не только стимулировать разработку и внедрение инновационных технологий, но и развивать конкуренцию.

Например, патент на изобретение, может определять рыночную власть хозяйствующего субъекта, вплоть до доминирования, и предоставлять ему возможность сдерживать использование данной технологии другими лицами.

²² Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, section 5.4, page 29-30

Перекрестное лицензирование означает, что две фирмы выдают и приобретают лицензии таким образом, что они могут использовать изобретения друг друга. В отличие от «односторонней лицензии», где платит только одна сторона – лицензиат, в кросс-лицензировании платит (полностью или частично) и лицензиар. Эти соглашения необходимы во избежание таких патовых ситуаций, когда одна фирма обладает патентом, а вторая улучшает изобретение, получает патент на улучшение, но не может его использовать из-за монопольной власти первой фирмы²³.

Однако, несмотря на то, что такая схема правоотношений способна обеспечить определенные выгоды для участников рынка (интеграция дополнительных технологий, снижение операционных издержек, предотвращение затяжных и затратных судебных споров), перекрестное лицензирование может иметь и антиконкурентные последствия (например, совместное ограничение производства или продажи, коллективное установление цены).

При этом, как и в случае с иными лицензионными соглашениями, соглашения о перекрестном лицензировании могут иметь антиконкурентные последствия и рассматриваться Агентствами в качестве незаконных.

К таковым могут быть отнесены, во-первых, коллективное установление цены или ограничения выпуска в соглашениях об объединениях (патентные пулы), если они не способствуют повышению эффективности интеграции экономической деятельности между участниками.

Во-вторых, если соглашения о перекрестном лицензировании или патентном пуле являются механизмами, позволяющими добиться полного установления цен или разделения рынка (запрещено правилом per se).

В-третьих, отсутствие компенсирующих проконкурентных выгод от таких соглашений для участников горизонтальных отношений (конкурентов). При этом в данном случае Агентствами будет обязательно исследован²⁴ вопрос о том, приведет ли такое урегулирование к снижению конкуренции между компаниями, которые были бы фактическими или потенциальными конкурентами на соответствующем рынке в отсутствие перекрестного лицензирования²⁵.

²³ А. Е. Шаститко, А. А. Курдин, Особенности защиты конкуренции в сфере отношений по поводу интеллектуальной собственности, РАНХиГС, 2016, стр.86

²⁴ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, section 5.5, page 30

²⁵ Cf. United States v. Singer Mfg. Co., 374 U.S. 174 (1963) (finding antitrust conspiracy where cross-license agreement was part of broader combination to exclude competitors).

Так, можно привести в пример два наиболее известных патентных пула, рассмотренных Минюстом США – это патентные пулы в отношении MPEG и DVD технологий.

В первом случае патентный пул в форме совместного предприятия предлагал потенциальным лицензиатам пакетную лицензию, состоящую из патентов, принадлежащих различным лицензиарам, которые необходимы (essential) для соответствия стандарту технологии сжатия MPEG-2.

Во втором случае корпорация Toshiba предлагала единую лицензию на пакет патентов, необходимых для соответствия форматам DVD.

После тщательного изучения условий соглашений о формировании патентных пулов Министерство юстиции одобрило их, придя к выводу, что дополнительные преимущества, которые дает объединение взаимодополняющих патентов, превосходит их возможное антиконкурентное влияние.

Возможным антиконкурентным последствием патентного пула может являться создание препятствий для сторон в их участии в исследованиях и разработках.

Например, соглашение о создании пула, которое требует от участников предоставления лицензий друг другу на текущие и будущие технологии за минимальную стоимость, может снизить стимулы его членов к участию в исследованиях и разработках, поскольку члены пула должны делиться своими успешными исследованиями и разработками, и каждый из участников может бесплатно пользоваться достижениями других участников пула. Однако такая схема может иметь конкурентные преимущества, например, благодаря использованию эффекта масштаба и интеграции дополнительных возможностей членов пула (включая устранение блокирующих позиций), и может вызвать конкурентные проблемы только в том случае, если соглашение включает в себя большую долю потенциальных исследований и разработок на рынке исследований и разработок²⁶.

Дело Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company (1911)²⁷

Компания Miles ввела систему контроля над оптовыми и розничными ценами на свои лекарства, продававшиеся не зависящими от нее торговцами. Она, в частности, устанавливала минимальные цены перепродажи лекарств. Суд признал

²⁶ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, section 5.5, page 31

²⁷ Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.— 220 U.S. 373 (1911). <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/case.html>

такую практику компании незаконной. Член суда Хьюз привел два довода в обоснование решения суда:

1) производитель или перекупщик, продавая товар, отказывается от права собственности на него, и поэтому его не должна волновать дальнейшая судьба товара;

2) назначение посредникам с их согласия минимальных цен перепродажи является фактически сговором конкурентов о ценах, преследуемым антитрестовскими законами.

И действительно, установление для цен перепродажи минимального предела уменьшает ценовую конкуренцию, ухудшает положение покупателей, лишенных возможности приобрести более дешевый товар. Верховный суд США постановил, что поддержание розничных цен является незаконным в соответствии со статьей I закона Шермана. Ссылаясь на дело *Dr. Miles* и последующие случаи, в 1995 г. Руководящие принципы указали, что Агентства должны руководствоваться принципом взвешенного подхода против поддержания розничных цен в контексте использования РИДСИ.²⁸

Одновременно можно отметить, что отношения в сфере лицензирования могут быть использованы в качестве элемента недобросовестной борьбы за рынок и устранения конкуренции в принципе.

Пример.

Корпорация «G» предоставила компании «W» лицензию на производство и продажу ламп при условии, что «W» будет продавать их по ценам, которые «G» установила и изменила по своему усмотрению.

При этом патент был передан «W» по минимальной цене с назначением низкого уровня роялти. Однако по условиям соглашения, в случае если доля «W» на рынке ламп превысит определенный размер, вырастет и процент по роялти. Соответственно, такие условия удовлетворяли компанию «W» с финансовой точки зрения и не порождали стимул соперничества и усиления своей рыночной власти. Это позволило компании «W» осуществлять деятельность в условиях стабильной прибыли, но в отсутствие конкуренции с компанией «G».

Недобросовестной практикой со стороны правообладателей ИС является и так называемый механизм *Pay for delay* (плата за отсрочку) предполагающий отказ от приобретения патента и выпуска на определенное время произведенных на его основании товаров за вознаграждение.

²⁸ А. Е. Шаститко, А. А. Курдин, Особенности защиты конкуренции в сфере отношений по поводу интеллектуальной собственности, РАНХиГС, 2016, стр. 89-90

Дело FTC v. Actavis, Inc. (Pay for delay)

В 2009 г. Федеральная торговая комиссия подала иск, в котором оспаривала соглашение между компанией Solvay Pharmaceuticals и двумя производителями непатентованных лекарственных препаратов Actavis, Inc и Paddock.

Согласно указанному соглашению Solvay Pharmaceuticals заплатила данным компаниям за отказ от приобретения патентов для производства дженериковых лекарственных препаратов и отложение срока начала их вывода на рынок на 9 лет.

Апелляционным судом одиннадцатого округа иск был отклонен на основании, согласно которому в данном деле условие об отложении срока появления дженериковых лекарственных препаратов на рынке находится в рамках срока действия патента на указанный лекарственный препарат, и такая патентная защита прав на лекарственный препарат является законной.

Федеральная торговая комиссия оспорила указанное решение в Верховном суде, который отменил решение окружного суда и установил подход «rule of reason» (правило разумности), согласно которому соглашения должны рассматриваться в контексте их возможных выгод для потребителей.²⁹

Вместе с тем, рассматривая подходы Агентства к оценке лицензионных соглашений, в целом, следует отметить, что хотя отдельные лицензионные соглашения и могут препятствовать доступу на рынки конкурентов и увеличивать их затраты, все же они могут иметь и проконкурентные последствия, в частности побуждать лицензиата разрабатывать и продавать лицензированную технологию или специализированные приложения этой технологии.

Таким образом, Агентства фокусируются на фактических данных от лицензионного соглашения и на последствиях для конкуренции при его реализации. При этом если по результатам анализа Агентства сделают вывод об антиконкурентных последствиях реализации такого соглашения, они рассмотрят вопрос о разумности такого ограничения и его проконкурентной эффективности (т.е. сопоставят возможные положительные эффекты для отрасли и антиконкурентные последствия).

Но как уже было отмечено, данный подход не применим к безусловным запретам (запретам per se) для тех категорий соглашений, которые априори вредны для конкуренции, нарушают антимонопольное законодательство, вне зависимости от целей, последствий или других факторов.

²⁹ 1 этап НИР «Анализ отношений в сфере цифровой экономики, выявление ограничительных практик в поведении участников рынков», Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» 2019 г., стр. 403 (<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/03/130321watsonopinion.pdf>)

Оценка эффективности

При определении Агентством того, является ли ограничение разумно необходимым, будет учитываться:

- наличие возможности применения и реализации менее ограничительных мер (при наличии такой возможности Агентства не будут учитывать заявления сторон об эффективности);
- продолжительность такого ограничения (Агентства обратят внимание на ситуации, в которых продолжительность явно превышает период, необходимый для достижения проконкурентных эффектов).

При этом оценка пользы для конкуренции, разумной необходимости ограничения для ее достижения и длительности ограничения могут зависеть от условий рынка. Например, ограничение, которое может быть оправдано потребностями нового участника на одном рынке, может не иметь обоснования эффективности в других рыночных условиях³⁰.

Антимонопольная «зона безопасности»

В целях обеспечения прозрачной деятельности участников рынка и понимания ими общих подходов государства в сфере исключительных прав и конкуренции, в антимонопольном регулировании полезно определить некую «зону безопасности», определяющую критерии, при которых не будут оспариваться ограничивающие положения в соглашениях о лицензировании интеллектуальной собственности.

В Руководстве по лицензированию указывается, что ограничения в соглашениях по лицензированию не будут оспариваться в случае, если:

- ограничение не является явно антиконкурентным;
- лицензиар и его лицензиаты совместно составляют **не более двадцати** процентов каждого рынка, на которых ограничение оказывает существенное влияние.

Правда в рекомендациях указывается и на некоторые исключения и оговорки из указанных правил.

Например, данная «допустимость» не распространяется на соглашения о передаче прав интеллектуальной собственности, в отношении которых проводится анализ экономической концентрации.

Кроме того, «зона безопасности» будет определяться только для товарных рынков (кроме случаев, когда анализ только на товарных рынках не сможет

³⁰ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, section 4.2, page 24

должным образом учитывать влияние лицензионного соглашения на конкуренцию на рынке технологий или в исследованиях и разработках).

Относительно рынка технологий или исследований и разработок Агентства не будут оспаривать ограничения в соглашениях по лицензированию:

при изучении влияния на конкуренцию на рынке технологий или исследований и разработок (при отсутствии точных сведений о доле на рынке) если:

- ограничение не является явно антиконкурентным;
- в дополнение к технологии, контролируемой сторонами лицензионного соглашения, существуют четыре или более независимо контролируемых технологий, которые могут заменить лицензированную технологию по сопоставимой стоимости для пользователя.

при определении потенциальных последствий на рынке исследований и разработок:

- ограничение не является явно антиконкурентным;
- в дополнение к сторонам лицензионного соглашения четыре или более независимо контролируемые компании обладают необходимыми специализированными активами или характеристиками, а также имеют стимул заниматься исследованиями и разработками, которые могут заменить научно-исследовательскую деятельность сторон лицензионного соглашения.

При оценке взаимозаменяемости Агентства могут учитывать другие многочисленные факторы (например, объем и масштабы усилий в области научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ или доступ к финансам и к интеллектуальной собственности).

Рассматривая данные вопросы, коротко следует рассмотреть и подходы в методических рекомендациях антимонопольных ведомств ряда других стран.

Канада

Бюро по конкуренции Канады (далее – Бюро), как независимое правоохранительное учреждение, обеспечивает процветание канадских предприятий и потребителей на конкурентном и инновационном рынке. Бюро расследует антиконкурентную практику и способствует соблюдению законов, находящихся под его юрисдикцией (Закон о конкуренции, Закон о потребительской упаковке и маркировке, Закон о маркировке текстиля и драгоценностях, Закон о маркировке металлов).

В конце 1990-х годов Бюро начало работу над методическими рекомендациями, и первая версия соответствующего документа была издана в 2000

году. В последствии методические рекомендации неоднократно обновлялись, с учетом практики их применения (в том числе в сфере ИС), изменений в канадском конкурентном законодательстве, решений судов по делам об интеллектуальной собственности.

Новые методические рекомендации Бюро «Intellectual Property Enforcement Guidelines» (защита прав интеллектуальной собственности, при проведении конкурентной политики) были приняты в 2019 году (далее – Методические рекомендации).

Методические рекомендации предусматривают два аспекта поведения на рынке, связанного с правами интеллектуальной собственности.

Первое, это обычное осуществление прав интеллектуальной собственности. Второе, это поведение хозяйствующих субъектов при осуществлении ими прав на ИС, связанное с иными аспектами, в том числе вопросами конкуренции. В этом случае, Бюро по конкуренции будет применять и нормы своего национального законодательства о конкуренции при оценке поведения лица, в том числе злоупотребления доминирующим положением на рынке.

В целом, проводимый Бюро по конкуренции анализ того, нанесет ли ущерб конкуренции определенный тип делового поведения состоит из пяти шагов:

- выявление поведения;
- определение соответствующего рынка;
- установление наличия/отсутствия рыночной власти (уровень концентрации, условия входа на рынок, иные факторы);
- определение последствий для конкуренции (приведет или нет поведение к ограничению или недопущению конкуренции на соответствующем рынке);
- рассмотрение, при необходимости, обоснований эффективности такого поведения.

Данный подход применяется ко всем отраслям и ко всем типам делового поведения, и является достаточно гибким инструментом при учете различий между разными формами защиты интеллектуальной собственности, а также между интеллектуальной собственностью и другими видами собственности. К примеру, Бюро учитывает такие различия при определении соответствующего рынка и рыночной власти. Несмотря на то, что права на объекты интеллектуальной собственности защищаются законодательством и, соответственно, отличаются от других форм собственности, наличие у владельца ИС права не допускать других к использованию продукта или процесса необязательно наделяет его рыночной властью. После определения соответствующего рынка и исследования таких

факторов, как уровень концентрации, условия входа на рынок и технологические изменения, Бюро сможет установить наличие/отсутствие у владельца ИС рыночной власти³¹.

Отказ в предоставлении лицензии Бюро считает обычным осуществлением права ИС. Однако обладание большим количеством прав ИС в определенной области и последовательные отказы в лицензировании могут вызвать ограничение конкуренции. В этой связи Закон о конкуренции позволяет ограничивать права лица на лицензирование, передачу или продажу ИС, но не оспаривает фундаментальное право владельца интеллектуальной собственности делать это. Если владелец ИС лицензирует, передает или продает ИС фирме или группе фирм, которые без соглашения были бы фактическими или потенциальными конкурентами, и если это соглашение создает, усиливает или поддерживает рыночную власть, Бюро может попытаться оспорить договоренность согласно соответствующему разделу Закона о конкуренции.

Дело в отношении «TREB» (Совета по недвижимости Торонто)

Дело касалось антиконкурентных действий Совета по недвижимости Торонто («TREB») в связи с предоставлением брокерских услуг в области жилой недвижимости в районе Большого Торонто («GTA»). Бюро утверждало, что, ограничивая доступ к определенной информации службы множественного листинга («MLS») на защищенных паролем веб-сайтах виртуальных офисов (VOW)³² своих брокеров по недвижимости и продавцов-участников, а также ограничивая способ, которым продавцы-участники могут отображать и использовать эту информацию, «TREB» злоупотребляет доминирующим положением. При этом Бюро определило, что если «TREB» применяет антиконкурентные условия к использованию своей интеллектуальной собственности, то это не защищает его от проверки и принятия к нему мер антимонопольного реагирования.

Решение по делу «TREB» было подтверждено Федеральным апелляционным судом (FCA)³³ который отметил, что не любое утверждение права интеллектуальной собственности защищает то, что в противном случае было бы антиконкурентным действием. Суд постановил, что, поскольку условия «TREB» в его лицензии на авторское право, были антиконкурентными, он не мог полагаться

³¹ <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04421.html#sec04>

³² Защищенный паролем веб-сайт виртуального офиса, который является частью веб-сайта брокерской компании, где потребители могут получить доступ и выполнить поиск в базе данных, содержащей информацию.

³³ <https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/462974/index.do>

на авторское право в качестве защиты.³⁴ Кроме того, Суд пришел к выводу, что ограничения по использованию *VOW* имели, имеют и, вероятно, окажут влияние на существенное предотвращение конкуренции на рынке и существенно снизили степень неценовой конкуренции в предоставлении брокерских услуг жилой недвижимости.

В своих Методических рекомендациях Бюро отмечает, что, если злоупотребление лицом своим доминирующим положением или совершение сделки по слиянию ограничивает конкуренцию, наличие ИС не должно быть смягчающим фактором, так же как и наличие интеллектуальной собственности не должно быть исключением или смягчающим фактором в делах, связанных с антиконкурентными сговорами, в том числе на торгах.

Передача прав на интеллектуальную собственность, которая снижает или предотвращает конкуренцию, также является еще одним примером, когда урон конкуренции является результатом чего-то большего, чем простое ограничение на осуществление права ИС, например:

*«когда лицензиар связывает непатентованный продукт с продуктом, на который распространяется его право интеллектуальной собственности, и когда фирма эффективно расширяет свою рыночную власть сверх срока действия своего патента посредством эксклюзивного контракта. В любом случае, если поведение ведет к созданию, усилению или поддержанию рыночной власти с целью существенного уменьшения или предотвращения конкуренции, Бюро может вмешаться».*³⁵

Рассматривая сделки по слиянию, лицензионные соглашения или другие формы договорных отношений, Бюро оценивает конкурентные эффекты и уделяет внимание тому, приведет ли такое поведение к антиконкурентным эффектам в горизонтальных отношениях хозяйствующих субъектов, другими словами, к последствиям для конкурирующих фирм.

Пример:

SHIFT недавно разработала новую систему передач для горных велосипедов. Две другие фирмы производят системы, которые конкурируют с SHIFT. Все три эти фирмы производят несколько разновидностей велосипедных зубчатых передач и занимаются исследованиями и разработками, чтобы улучшить технологию

³⁴ paragraph 40-41 «Intellectual Property Enforcement Guidelines (<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04421.html#sec04>)

³⁵ paragraph 44 «Intellectual Property Enforcement Guidelines (<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04421.html#sec04>)

зубчатых передач. *SHIFT* выдает лицензии на использование своей запатентованной технологии зубчатой передачи производителям горных велосипедов, поскольку у нее нет возможности производить горные велосипеды самостоятельно. На три крупные фирмы приходится 80 процентов продаж горных велосипедов, а остальная часть приходится на шесть более мелких фирм. *SHIFT* только что предоставила *ADVENTURE* (крупнейший производитель горных велосипедов с долей 30% продаж), эксклюзивную лицензию на использование своей новой запатентованной технологии системы передач на своих горных велосипедах.

ADVENTURE не владеет и не имеет возможности разрабатывать технологию системы передач. Хотя новая система передач *SHIFT* предлагает ряд функций, недоступных в других текущих продуктах, спрос на горные велосипеды с этими новыми функциями остается неопределенным. *ADVENTURE* предполагает затратить значительные средства на разработку» или «вложить значительные средства на разработку и продвижение горных велосипедов, в которых используется новая технология системы передач *SHIFT*.

SHIFT отклонил запросы других производителей горных велосипедов на лицензию на эту технологию. В результате продолжающихся исследований и разработок в будущем, вероятно, станут доступны альтернативные технологии зубчатых передач.

Подход Бюро

Бюро, вероятно, изучит поведение обеих фирм в соответствии с нормой о злоупотреблении доминирующим положением Закона о конкуренции.

SHIFT и *ADVENTURE* связаны как поставщик и покупатель и не являются ни фактическими, ни потенциальными конкурентами на рынках систем передач или горных велосипедов. Поскольку фирмы не конкурируют, исключительная лицензия, скорее всего, не уменьшит конкуренцию между двумя фирмами. Бюро, тем не менее, изучит рынки систем передач и горных велосипедов на предмет влияния исключительной лицензии на конкуренцию (существенного снижения либо недопущения конкуренции) на одном или двух этих рынках.

Несмотря на то, что новая технология *SHIFT* недоступна для конкурентов *ADVENTURE*, а рынки систем передач и горных велосипедов сконцентрированы, другие производители горных велосипедов имеют доступ к другим системам передач от *SHIFT* и системам передач от других поставщиков. Эксклюзивная лицензия могла быть предоставлена в связи с соглашением *ADVENTURE* нести значительные расходы на разработку и продвижение горных велосипедов, в

которых используется новая технология SHIFT. Кроме того, конкуренты SHIFT на рынке систем передач все еще могут продавать их ADVENTURE.

В ходе оценки Бюро рассмотрит состояние конкуренции на рынке горных велосипедов до и после выдачи исключительной лицензии. SHIFT не является производителем горных велосипедов и не обязана лицензировать свою систему передач производителю горных велосипедов. Лицензия на технологию предписывала разработку и продвижение горных велосипедов с использованием этой технологии, тем самым развивая конкуренцию, никоим образом не ограничивая возможности других производителей горных велосипедов получать доступ к конкурирующим технологиям или использовать их. Следовательно, Бюро сделало бы вывод, учитывая обстоятельства этого дела, что соглашение об исключительной лицензии не вызывает никаких вопросов конкуренции³⁶.

Таким образом, Бюро обращает внимание на то, что поведение с использованием ИС должно оказывать негативное влияние на рынок при горизонтальных отношениях, чтобы Бюро пришло к выводу о противоречии Закону о конкуренции. В этой связи Бюро анализирует, способствует ли такое поведение одностороннему или скоординированному использованию фирмами рыночной власти в таких областях, как ценообразование и объем производства, а также возникают ли антиконкурентные горизонтальные эффекты, если поведение увеличивает издержки конкурентов. Механизмы лицензирования ИС, которые предполагают продажу одним лицом права на использование ИС другого лица, де-юре вертикальны, но могут иметь горизонтальные эффекты, особенно если лицензиар и лицензиат были бы фактическими конкурентами в отсутствие лицензионного соглашения. Кроме того, по мнению Бюро антиконкурентным поведением, могут признаваться и действия, которые снижают инновационную активность и в перспективе могут ограничивать конкуренцию.

Далее приведем несколько теоретических примеров, отраженных в Методических рекомендациях, для иллюстрации подходов Бюро к деловому поведению, связанному с интеллектуальной собственностью на предмет проверки его соответствия Закону о конкуренции Канады.

Пример о предполагаемом нарушении права интеллектуальной собственности

TAX – это компания-разработчик программного обеспечения, которая производит и распространяет сложную программу управления налогами, чтобы

³⁶ Example 3A: Exclusive Licensing «Intellectual Property Enforcement Guidelines (<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04421.html#sec04>)

помочь домашним хозяйствам в их налоговом планировании. TAX продает свой продукт в течение нескольких лет и теперь широко признана как ведущий производитель программного обеспечения для налогового управления.

Более двух лет назад ключевой член команды разработчиков программного обеспечения TAX покинул компанию, чтобы открыть собственный бизнес по разработке программного обеспечения под названием UPSTART. Недавно UPSTART начала продавать свою собственную программу налогового менеджмента. TAX подал в суд на UPSTART, утверждая, что UPSTART, должно быть, нарушил авторские права TAX, поскольку его программное обеспечение по внешнему виду и функциям очень похоже на программное обеспечение TAX. UPSTART пожаловалась в Бюро на то, что TAX злоупотребляет своим доминирующим положением, возбуждая необоснованный судебный процесс.

Позиция Бюро

Бюро воспользуется своими дискреционными полномочиями и, вероятно, придет к выводу, что этот вопрос лучше оставить на усмотрение судов для решения в соответствии с Законом об авторском праве. **Если же TAX применяет практику возбуждения необоснованного судебного разбирательства с целью исключения конкурентов**, Бюро может рассмотреть возможность принятия мер в соответствии с Законом о конкуренции.³⁷

Пример по эксклюзивным контрактам

Компания SPICE, в силу своих международных патентов, является единственным поставщиком Megasalt - уникальной пищевой добавки, которая эффективно заменила соль в некоторых готовых продуктах питания в большинстве стран. Канадский патент SPICE недавно истек; однако SPICE по-прежнему имеет действующую патентную защиту во многих странах мира. Незадолго до истечения срока действия канадского патента SPICE подписала пятилетние контракты, которые включали исключительные права на поставку, с двумя основными канадскими покупателями. Эти контракты не позволяют двум крупнейшим покупателям (используют Megasalt в производстве пищевых продуктов для мед. учреждений), **комбинировать Megasalt с любыми другими заменителями соли в линейке производимых ими продуктов**. SPICE не имеет долгосрочных эксклюзивных контрактов на поставку с другими покупателями Megasalt в Канаде или где-либо еще.

³⁷ paragraph 77-79 «Intellectual Property Enforcement Guidelines (<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04421.html#sec04>)

Фирма NUsalt, которая разработала потенциальную альтернативу Megasalt, подала жалобу в Бюро, утверждая, что контракты SPICE не позволяют NUsalt производить и продавать свою продукцию в Канаде. NUsalt утверждает, что контракты SPICE «заблокировали» значительную часть рынка, тем самым препятствуя прибыльному вхождению NUsalt в Канаду.

Позиция Бюро

Бюро, вероятно, расследует обвинения NUsalt о том, что SPICE в результате своих контрактов с двумя крупнейшими покупателями в настоящее время использует рыночную власть на рынке заменителей соли.

Бюро должно было определить взаимозаменяемость соответствующих товаров (соли и солезамениителей). Затем Бюро будет стремиться определить, контролирует ли SPICE в значительной степени рынок, на котором конкурирует его заменитель соли, рассмотрит вопрос о том, являются ли эксклюзивные контракты на поставку, посредством которых SPICE препятствовала своим основным клиентам получать заменители соли от альтернативных поставщиков, антиконкурентными действиями. Чтобы сделать эту оценку, Бюро изучило бы обстоятельства, связанные с переговорами и урегулированием исключительных контрактов, а также степень, в которой они носили исключительный характер и предназначались для создания барьеров для эффективной конкуренции на соответствующем рынке. В рамках этого анализа Бюро рассмотрит, существуют ли убедительные деловые обоснования эксклюзивных контрактов SPICE. Например, SPICE могла подписать эти контракты, чтобы гарантировать, что у нее будет достаточно продаж, чтобы оправдать инвестиции в производственные мощности, достаточные для реализации эффекта масштаба. Также ограничение, не позволяющее покупателям комбинировать Megasalt с другими заменителями соли, могло иметь обоснование безопасности или качества.

С другой стороны, если бы Бюро обнаружило, что контракты в этом случае были предназначены для сдерживания достаточного объема рыночного спроса со стороны потенциальных участников, чтобы оставшийся спрос обеспечил недостаточный объем продаж, чтобы покрыть затраты на эффективное вступление и будущие эксплуатационные расходы в Канаде, то Бюро, вероятно, будет рассматривать исполнение долгосрочных исключительных лицензий как практику антиконкурентных действий.

Затем Бюро оценит влияние эксклюзивных контрактов на конкуренцию. В этом отношении будет оценено отрицательное воздействие на способность других поставщиков заменителей соли конкурировать в Канаде, чтобы определить,

существенно ли уменьшили или предотвратили конкуренцию контракты. Если соответствующий рынок определяется как заменители соли, а контракты SPICE существенно препятствуют выходу на рынок потенциальных производителей заменителей соли, Бюро может заключить, что эксклюзивные контракты существенно уменьшили или предотвратили конкуренцию. Не позволяя фирмам поставлять альтернативные заменители соли в Канаду, эксклюзивные контракты могут привести к тому, что другие покупатели в Канаде, не заключившие контракт со SPICE, будут платить более высокие цены, чем если бы SPICE столкнулся с эффективной конкуренцией.

Масштабы снижения конкуренции будут зависеть от степени, в которой контракты препятствуют входу в рынок, и ожидаемой степени замещения, которая будет существовать между Megasalt и альтернативными заменителями соли, такими как NUsalt, при отсутствии исключительных условий в контрактах. В целом, если будет установлено, что контракты являются основным препятствием для выхода на рынок новых участников, а продукция новых участников, вероятно, будет близкой заменой Megasalt, то Бюро, вероятно, придет к заключению, что контракты существенно снизили или предотвратили конкуренцию и, вероятно, будет стремиться к добровольному расторжению эксклюзивных контрактов SPICE. В противном случае Бюро, вероятно, подаст в Суд заявление о прекращении исключительных условий контрактов.

Однако, если Бюро определит, что контракты не блокируют эффективный конкурентный доступ в Канаду, то эксклюзивные контракты SPICE не будут считаться существенно уменьшающими или препятствующими конкуренции. В этом случае Бюро закроет расследование, не прибегая к корректирующим мерам. На протяжении своего расследования Бюро будет сотрудничать с антимонопольными агентствами в других юрисдикциях, если это необходимо, для определения фактов и их аналитического подхода, имеющего отношение к разрешению вопроса.³⁸

Пример по замене запатентованного продукта

Фармацевтическая компания BRAND предлагает для рынка инновационный фармацевтический препарат «А» один из самых продаваемых в Канаде товаров в течение многих лет. Однако через шесть месяцев данный препарат потеряет патентную защиту. Вместе с тем, компания BRAND двумя годами ранее

³⁸ paragraph 93-99 «Intellectual Property Enforcement Guidelines (<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04421.html#sec04>)

представила еще один продукт «В», который имеет несколько иную форму, но по своим фармакологическим свойствам применяется при тех же заболеваниях, что и препарат «А», и, при этом, останется под патентной защитой в течение следующих 10 лет.

Фармацевтическая компания *GENERIC*, производящая непатентованные лекарства, собирается выпустить препарат, содержащий химическое вещество – активный фармацевтический ингредиент, идентичный запатентованному компанией *BRAND*, т.е. «дженерик продукта «А», как только истечет срок патентной защиты продукта «А».

Однако, до истечения срока действия патента *BRAND* изымает продукт «А» с рынка, прекращая его производство и выкупая запасы у оптовых торговцев и аптек. *BRAND* уведомляет медицинских работников о том, что продукт «А» больше не доступен. В такой ситуации врачи прописывают пациентам продукт «В» вместо продукта «А». Соответственно, большое количество рецептов на продукт «А» заменяется рецептами на продукт «В». Поскольку продукт «А» является референтным продуктом (или биоэквивалентным) для «дженерика продукта А», аптекам запрещается автоматически заменять им предписанный продукт В.

Позиция Бюро

Наравне с вопросами по структуре рынка (его продуктовых границ) Бюро рассмотрит вопрос о том, заключалась ли цель поведения *BRAND* в задержке или прекращении поставки «дженерика продукта «А», или же имелось какое-либо другое законное коммерческое оправдание. Например, если *BRAND* удалил свой продукт «А» с рынка, потому что он не был прибыльным, это можно рассматривать как законное коммерческое оправдание. Также если бы Бюро определило, что врачи считают, что продукт «В» не приносит пользы или дает незначительную медицинскую пользу по сравнению с продуктом «А», оно усомнится в любом выдвинутом аргументе о том, что продукт «В» превосходит продукт «А», а цель отзыва продукта «А» заключалась в переводе пациентов на более эффективный препарат и качественное лечение. Бюро оценит, долю компании *BRAND* на рынке и в случае определения его доминирующего положения на соответствующем рынке, рассмотрело бы его поведение на предмет антиконкурентных действий и последствий для конкуренции. При этом Бюро, вероятно, приняло бы во внимание разницу между ценой Продукта «В» и ценой, по которой, как ожидается, будет продан «дженерик продукта «А», если бы он не был отложен или не заблокирован в результате действий компании *BRAND*. В

качестве еще одного доказательства вреда, причиненного поведением BRAND, Бюро, вероятно, сослалось бы на негативный эффект отмены продукта «А» на ограничение выбора врача/пациента в отношении рецептурных препаратов.³⁹

Европейский союз

С учетом наработанного опыта в 2014 году в ЕС были изданы обновленные методические рекомендации, с принятием которых ЕС начал развивать современный, основанный на экономическом анализе подход к оценке лицензионных соглашений о передаче технологии. Технология в понимании ЕС включает ноу-хау, патенты, права на дизайн или авторское право на программное обеспечение. В некоторых случаях, если это непосредственно связано с производством или продажей товаров, могут рассматриваться соглашения о лицензировании торговых марок.

Статья 101 Договора о функционировании Европейского Союза к категории соглашений о передаче технологий (далее – Договор) регулирует применение конкурентного законодательства ЕС к соглашениям, которые могут иметь в качестве цели или последствия ограничение конкуренции.

Положения статьи 101 Договора определяют, с одной стороны, что все соглашения, которые имеют в качестве своей цели или последствия ограничение конкуренции запрещаются, а, с другой стороны, запреты на такие соглашения могут не применяться, если соглашение или согласованная практика способствуют улучшению производства или дистрибуции товаров или содействует техническому или экономическому прогрессу, позволяя при этом потребителям получать справедливую долю получаемой выгоды. При этом такие соглашения или согласованная практика не должны налагать на компании ограничения, которые не являются обязательными для достижения этих целей, и не предоставляют этим компаниям возможность устранить конкуренцию в отношении существенной части соответствующих товаров (**допустимость соглашений**).

Европейский регулятор отмечает, что оценивая лицензионные соглашения на предмет статьи 101 Договора необходимо исходить из права правообладателя восполнять свои затраты на инновационные товары посредством получения достойного и адекватного вознаграждения по лицензионным договорам. При этом правообладатель не должен существенно ограничиваться в использовании своего права, дабы не снижать конкуренцию и стимул к проведению им инноваций.

³⁹ paragraph 131-137 «Intellectual Property Enforcement Guidelines» (<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04421.html#sec04>)

Как отмечается в Руководстве Европейской комиссии о применении статьи 101 Договора, *«тот факт, что законодательство об интеллектуальной собственности предоставляет эксклюзивное право использования (объектов интеллектуальной собственности), не означает, что право интеллектуальной собственности обладает иммунитетом от антимонопольного вмешательства».*

Вместе с тем, в Руководстве подчеркивается необходимость индивидуальной оценки конкретного лицензионного соглашения и его влияния на состояние конкуренции как внутри технологической отрасли (*intra-technology competition*), так и конкуренции между технологическими отраслями (*inter-technology competition*).

С вступлением в силу в 2004 году Регламента Совета (ЕС) № 1/2003 законодательство в области конкуренции перешло к режиму самооценки, который действует и по сей день. Компании должны самостоятельно оценивать свои лицензионные соглашения, чтобы обеспечить их юридическую действительность и, таким образом, возможность их применения на практике.

Позиция об отсутствии иммунитетов от антимонопольного преследования при злоупотреблении правами на интеллектуальную собственность отражена в Руководстве Европейской комиссии по применению статьи 101 Договора о функционировании Европейского Союза к соглашениям о передаче технологий:

*«Тот факт, что законы об интеллектуальной собственности предоставляют исключительные права на использование, не означает, что права интеллектуальной собственности защищены от вмешательства закона о конкуренции. Статья 101 Договора, в частности, применима к соглашениям, в соответствии с которыми владелец лицензирует другое предприятие на использование его прав интеллектуальной собственности. Это также не означает, что существует внутренний конфликт между правами интеллектуальной собственности и правилами конкуренции Союза. Действительно, обе системы права преследуют одну и ту же основную цель - способствовать благосостоянию потребителей и эффективному распределению ресурсов. Инновации представляют собой важный и динамичный компонент открытой и конкурентной рыночной экономики. Права интеллектуальной собственности способствуют динамичной конкуренции, побуждая предприятия вкладывать средства в разработку новых или улучшенных продуктов и процессов..... Следовательно, как права интеллектуальной собственности, так и конкуренция необходимы для продвижения инноваций и обеспечения их конкурентного использования.»*⁴⁰

⁴⁰Official Journal of the European Union, 2. GENERAL PRINCIPLES, 2.1. Article 101 of the Treaty and intellectual property rights, 7, C 89/6 ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=EN))

Таким образом, на основе этих положений в ЕС приняты документы (Регламенты и Руководства) регулирующие вопросы оценки ИС в соответствии с законодательством ЕС в области конкуренции. Данные акты призваны обеспечить правовую определенность для хозяйствующих субъектов, заключающих определенные виды лицензионных соглашений, и регламентируют условия, при которых определенная категория лицензионных соглашений, запрещенных статьей 101 Договора, может быть признана допустимой, т.е. удовлетворяет всем условиям статьи 101 Договора о допустимости и, следовательно, позволяет некоторым типам лицензионных соглашений получать преимущества так называемой «безопасной гавани».

При этом каждый из регламентов о групповых исключениях (РГИ) ориентирован на определенные виды соглашений (например, РГИ для вертикальных соглашений или РГИ при предоставлении групповых исключений в сфере передачи технологий). Кроме того, в ЕС принимаются руководства, разъясняющие режим регулирования лицензионных соглашений как в развитие соответствующих РГИ, так и самостоятельные руководства (например, Руководство по горизонтальным соглашениям).

РГИ, как правило, кодифицируют категории соглашений, обычно удовлетворяющих условиям для применения исключений, предусмотренных статьей 101 Договора. Руководства главным образом разъясняют прецедентное право Суда Европейского союза.

В ЕС выделяют общие элементы для всех РГИ, это:

- индивидуальная оценка соглашений в каждом конкретном случае (отсутствие каких-либо презумпций);
- учет пороговых значений доли рынка при применении РГИ;
- не распространение РГИ на «особо опасные нарушения» (при наличии хотя бы одного из них РГИ не применяется) и «исключенные ограничения» (РГИ применяется, однако не означает, что остальная часть соглашения не может пользоваться защитой РГИ, если она отделена от исключенных ограничений);

При этом в соответствии со статьей 29(1) Регламента (ЕС) № 1/2003 Еврокомиссия всегда может «отозвать защиту действующего Регламента» даже для соглашений, подпадающих под РГИ и, следовательно, получающих его защиту.

С учетом того, что в ЕС методическое сопровождение данных вопросов регламентируется многоуровневой системой документов ЕС и Еврокомиссии, обратимся к базовому содержанию регламентов о групповых исключениях.

РГИ в сфере передачи технологий (РПГИПТ).

Регламент Комиссии (ЕС) № 316/2014⁴¹ – является ключевым и наиболее используемым элементом подзаконного регулирования, касающегося применения законодательства о конкуренции к лицензионным соглашениям.

РПГИПТ устанавливает, что «соглашения о передаче технологии» между двумя сторонами считаются допустимыми в соответствии с условиями статьи 101 Договора. При этом такая «безопасная гавань» будет доступна до тех пор, пока не будут превышены определенные пороговые значения доли рынка, и пока эти соглашения не будут содержать определенных «особо опасных нарушений» или «исключенных ограничений».

Так, следует отметить ряд условий⁴² при применении РПГИПТ:

- охват только лицензионных соглашений или переуступки прав на технологии для производства продукции;

- применимость принципов РПГИПТ к лицензионным соглашениям с участием более чем двух сторон, а также к иным видам ИС формально не подпадающим под РПГИПТ;

- действие исключений до тех пор, пока не будут превышены определенные пороговые значения доли рынка (20% для конкурирующих хозяйствующих субъектов и 30% для неконкурирующих хозяйствующих субъектов);

- положения по фиксированию цен и большинство ограничений на производство продукции рассматривается как «особо опасные нарушения» и;

- «исключенные ограничения» включают в себя оговорку об отказе от оспаривания правомерности интеллектуальной собственности лицензиара и большинство видов положений о прекращении соглашения в случае такого оспаривания.

При этом Руководство по применению статьи 101 Договора дополняет РПГИПТ и содержит методические указания по толкованию применения его основных норм к таким вопросам, как обязательства по роялти, ограничения в области использования, оговорка об отказе от конкуренции или соглашения об урегулировании.

РГИ по вертикальным соглашениям (ВРГИ).

⁴¹ Commission regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN>)

⁴² section 2.2 paragraph 20 Licensing of IP rights and competition law – Note by the EU, 6 June 2019 r. Organisation for Economic Co-operation and Development

Регламент Комиссии (ЕС) № 330/2010⁴³ – определяет категории вертикальных соглашений, которые Еврокомиссия считает обычно удовлетворяющими допустимым условиям статьи 101 Договора.

ВРГИ не концентрируется на лицензионных соглашениях, и в некоторых случаях ВРГИ может фактически применяться к вертикальным соглашениям, содержащим положения о переуступке прав покупателю или использованию покупателем прав ИС, при условии, что эти положения не являются основным объектом таких соглашений.

По аналогии с РПГИПТ, ВРГИ распространяется также на соглашения, не превышающие определенную долю рынка (30%) и не содержащие определенных «особо опасных нарушений» и «исключенных ограничений».

Принципы, изложенные в ВРГИ, более подробно разъясняются в сопровождающем его «Руководстве по вертикальным ограничениям», в котором содержатся методические указания для компаний, чтобы они могли самостоятельно оценивать свои вертикальные соглашения.⁴⁴

РГИ НИОКР

Регламент Комиссии (ЕС) № 1217/2010⁴⁵ - предусматривает групповое исключение в отношении определенных категорий соглашений, решений и согласованных практик, которые имеют в качестве цели исследование и разработку продуктов, технологий или процессов до стадии промышленного применения, а также использование результатов, в том числе положения о правах интеллектуальной собственности.

РГИ НИОКР будет применяться к лицензионным соглашениям только при соблюдении следующих совокупных условий:

- положения о праве на ИС не являются основным объектом таких соглашений;
- не превышены определенные пороговые значения доли рынка;
- в соглашении не присутствуют «особо опасные нарушения» (например, об ограничении выпуска продукции или ограничении свободы сторон осуществлять

⁴³ COMMISSION REGULATION (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>)

⁴⁴ section 2.3 paragraph 23-26 Licensing of IP rights and competition law – Note by the EU, 6 June 2019 г. Organisation for Economic Co-operation and Development

⁴⁵ Commission regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:335:0036:0042:EN:PDF>)

научно-исследовательскую деятельность в несвязанных областях) и «исключенные ограничения» (например, отказ от оспаривания прав на ИС).

Применимость РГИ НИОКР также зависит от определенных предварительных условий, включая полный доступ к конечным результатам НИОКР, а в некоторых случаях и к уже существующим «ноу-хау» других заинтересованных сторон.⁴⁶

РГИ для соглашений специализации

Регламент Комиссии (ЕС) № 1218/2010⁴⁷ - предусматривает групповое исключение для соглашений о специализации.

Соглашения о специализации касаются ситуаций, когда две или более стороны сотрудничают в производстве и поставках определенных продуктов, в том числе ситуаций, когда одна сторона соглашается прекратить производство определенных продуктов или воздержаться от производства этих продуктов и приобретает их у другой стороны.

РГИ для соглашений специализации действует при условии, что:

- совокупная доля сторон соглашения не превышает 20% на любом соответствующем рынке;

- прямо или косвенно, имеют своей целью:

а) фиксирование цен при продаже продуктов третьим сторонам;

б) ограничение производства или продаж;

с) распределение рынков или клиентов.

Соглашения о специализации с включением в них вопросов использования прав на ИС могут подпадать под условия данного РГИ при условии, что их положения о правах интеллектуальной собственности являются не самостоятельным предметом, а вспомогательным по отношению к основному соглашению о специализации.

Руководство по горизонтальным соглашениям⁴⁸

Руководство по применению Статьи 101 Договора к соглашениям о горизонтальном сотрудничестве (Руководство по горизонтальным соглашениям) дополняет РГИ для НИОКР и соглашений о специализации, а также содержит более

⁴⁶ section 2.4 paragraph 28-31 Licensing of IP rights and competition law – Note by the EU, 6 June 2019 г. Organisation for Economic Co-operation and Development

⁴⁷ Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements

⁴⁸ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN))

подробную информацию о принципах получения преимуществ по этим двум РГИ. Кроме того, Руководство по горизонтальным соглашениям содержит подробное объяснение того, как проводить самостоятельную оценку определенных типов горизонтальных соглашений.

Основными исключениями, отмеченными как «имеющими цель ограничить конкуренцию», являются положения, направленные на устранение фактических или потенциальных конкурентов, или используемые в качестве прикрытия для совместного установления цен либо на последующую продукцию, либо на ИС или технологии⁴⁹.

Примеры:

Дело Magill Oscar Bronner и IMS Health

Практика Суда Европейского союза последовательно формировалась в делах Magill Oscar Bronner и IMS Health. Последнее из ряда дел касалось системы (в виде т.н. «кирпичной структуры 1860», разбивавшей территорию Германии на ряд небольших областей) получения, обработки и предоставления данных о региональных продажах аптеками лекарственных препаратов.

Компания IMS Health, являвшаяся правообладателем такой системы, отказывалась передавать лицензию на ее использование своим конкурентам.

Поскольку крупные фармацевтические компании требовали от всех контрагентов предоставления информации в аналогичном виде (по сути, эта система IMS Health де-факто стала неким стандартом), отказ в предоставлении лицензии устранил конкуренцию на данном рынке.

Суд Европейского союза в своем решении пояснил, что при рассмотрении вопросов защиты авторского права и защиты конкуренции, последнее может перевесить лишь в том случае, если отказ в предоставлении лицензии препятствует развитию вторичного рынка в ущерб потребителям. В этом случае если конкуренты не будут ограничиваться простым воспроизведением услуг, уже предоставляемых правообладателем, а намерены производить новые товары и услуги, не предоставляемые доминирующим предприятием, на которые существует потенциальный спрос, отказ правообладателя от лицензирования своего продукта может быть признан неправомерным злоупотреблением патентной силой.

Дело в отношении компании Microsoft после жалобы Sun Microsystems

⁴⁹ section 2.6 paragraph 37 Licensing of IP rights and competition law – Note by the EU, 6 June 2019 г. Organisation for Economic Co-operation and Development

В 2000 году в Европейскую комиссию поступила жалоба Sun Microsystems производителя программного и аппаратного обеспечения, одного из основных конкурентов Microsoft (ранее американская ИТ-корпорация Novell специализирующаяся на сетевых сервисах, управлении сетями и Linux). В 1994 году «Майкрософт» пришла к соглашению с истцом, внося изменения в свою лицензионную практику.

В рамках разбирательства Еврокомиссия установила факт того, что компания Microsoft включает в комплект с программным обеспечением Windows свой медиаплеер – Windows media player). Такая интеграция двух продуктов, по сути, не предоставляет потребителям выбора приобрести операционную систему с плеером или без него, что закономерно исключает желание большинства потребителей рассмотреть вопрос о приобретении аналогичной по своему назначению программы конкурирующих фирм.

Соответственно, Еврокомиссия по результатам расследования в 2004 году посчитала данную политику компании Microsoft нарушением, применила статью 102 Договора о функционировании ЕС и обязала компанию выпустить на рынок версию Windows без Windows media player, а также раскрыть информацию, необходимую для того, чтобы конкурирующие сетевые продукты могли полноценно взаимодействовать с версиями Windows.

Судебные инстанции поддержали решение Еврокомиссии.

При этом «Майкрософт» выплатила штраф в размере €497 млн., самый большой штраф, когда-либо назначенный Европейским союзом на тот момент.⁵⁰

Ограничительная практика компании Nike

Основным направлением деятельности компании Nike является разработка и продажа спортивной обуви и одежды, в том числе для футбольных клубов и федераций. В отдельных товарах, так называемых «лицензионных товарах», представлены только бренды футбольного клуба или федерации, а не товарные знаки компании Nike. В отношении этих продуктов компания Nike выступает в качестве лицензиара прав интеллектуальной собственности, который предоставляет лицензии третьим сторонам на право производить и распространять эти продукты.

В июне 2017 года Комиссия начала антимонопольное расследование в отношении отдельных практик лицензирования со стороны компании Nike, чтобы оценить, не ограничивает ли такая практика продавцов лицензионных товаров на

⁵⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_04_382

едином рынке ЕС. Расследование Еврокомиссии показало, что компания Nike ввела ряд прямых мер, ограничивающих продажи лицензиатов по территориальному признаку.

При этом, чтобы обеспечить соблюдение ограничительной практики по всей цепочке сбыта, компания Nike предоставляла через своих лицензиатов сублицензии на использование различных прав интеллектуальной собственности третьим лицам. При этом введенные ограничительные меры в отношении основных лицензиатов вынудили основных лицензиатов реализовывать товары на определенных территориях и ввести такие же ограничения в отношении своих сублицензиатов (третьих лиц). В противном случае компания Nike угрожала расторгнуть контракты с лицензиатами.

Так, компания Nike включила в соглашения пункты, которые прямо запрещали лицензиатам поставлять товары торговым организациям, которые могли бы продавать такие товары за пределами оговоренных территорий.

Комиссия пришла к выводу, что незаконная практика Nike, действовавшая примерно 13 лет (с 1 июля 2004 г. по 27 октября 2017 г.), привела к разделению единого европейского рынка и не позволила европейским лицензиатам продавать продукцию по своему усмотрению за пределы оговоренных в соглашениях территорий.

Незаконные действия Nike в той или иной степени затронули лицензионные товары с брендами таких клубов, как «Барселона», «Манчестер Юнайтед», «Ювентус», «Интер Милан» и «Рома», а также национальных федераций, таких как Федерация футбола Франции.

Расследование Комиссии показало, что неисключительные лицензионные и дистрибьюторские соглашения компании Nike нарушают правила конкуренции ЕС.⁵¹

Ограничительная практика ассоциаций Markit и ISDA

Еврокомиссия проводила расследование в отношении 13 инвестиционных банков совместно с контролируемыми банками ассоциациями Markit и ISDA, лишивших участников рынка права на биржевую торговлю фьючерсами CDS (кредитный дефолтный своп). У Комиссии имелись опасения, что отказ в выдаче лицензии на два незаменимых ресурса, возможно, помешал перемещению торговли CDS с внебиржевых рынков (где банки-дилеры выступали в качестве посредников) на регулируемые, биржевые площадки. Первым незаменимым ресурсом был набор

⁵¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1828

контролируемых компанией Markit индексов CDS (CDX и iTraxx), на которые в то время приходилось 90% мировой торговли; а вторым - контролируемый ISDA аукционный стандарт де-факто «конечная цена».

В июле 2013 года Еврокомиссия выявила признаки того, что ассоциации ISDA и Markit и некоторые из входящих в их состав инвестиционных банков нарушили антимонопольные правила ЕС путем отказа в лицензировании определенных продуктов, в том числе индексов CDX и iTraxx для биржевой торговли. Такие действия, по мнению Еврокомиссии, могли заблокировать или ограничить появление эффективного, более безопасного и дешевого рынка биржевых кредитных деривативов.

В целях устранения данной проблемы ассоциациям ISDA и Markit было предложено выполнить ряд обязательств, направленных на облегчение доступа к их интеллектуальной собственности и данным для целей биржевой торговли.

20 июля 2016 г. Markit и ISDA приняли на себя параллельные 10-летние обязательства, включая изменения в управлении, направленные на снижение влияния банков на лицензирование ресурсов по стандартам FRAND и решения о лицензировании⁵².

Ограничительная практика Disney, Fox, NBCUniversal, Paramount Pictures, Sony Pictures, Warner Bros. и Sky UK Limited

В 2015 году Еврокомиссия выступила с заявлением, в котором изложила свое предварительное мнение о том, что определенные положения в соглашениях о лицензировании фильмов для платного телевидения между американскими компаниями Disney, Fox, NBCUniversal, Paramount Pictures, Sony Pictures, Warner Bros. и британской телекоммуникационной компанией Sky UK Limited нарушают антимонопольные правила ЕС.

Положения указанных соглашений требовали от компании Sky UK блокировать доступ к фильмам указанных студий через свои услуги платного онлайн-телевидения (так называемая «геоблокировка») или через свои услуги платного спутникового телевидения для потребителей за пределами ее лицензированной территории (Великобритания и Ирландия). Соответственно данные положения соглашений запрещали компании Sky UK предоставлять потребителям из Евросоюза за пределами Великобритании и Ирландии возможность подписаться на сервисы платного ТВ от компании Sky UK для доступа к фильмам через спутник или онлайн. Кроме того, лицензионные

⁵² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_2586

соглашения требовали, чтобы студии запретили вещателям, за исключением компании Sky UK, предоставлять свои сервисы платного ТВ в Великобритании и Ирландии.

Еврокомиссия посчитала, что реализация таких положений лицензионных соглашений может поставить под угрозу трансграничную конкуренцию между операторами платного ТВ на территории ЕС.

В 2018 году компании Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. и компания Sky UK взяли на себя обязательства, направленные на устранение ситуации выявленной Еврокомиссией.

Студии взяли на себя обязательства не применять положения существующих лицензионных соглашений относительно демонстрации фильмов для платного телевидения с любыми вещательными компаниями в Европейской экономической зоне. Они также пообещали не включать такие положения в лицензионные соглашения относительно показа на платном телевидении с любыми вещательными компаниями на территории ЕС. Компания Sky UK также приняла на себя аналогичные обязательства.

Обязательства предусматривают их применение на всей территории ЕС в течение пяти лет⁵³.

Таким образом, в мировой практике инструментарий по недопущению нарушений антимонопольного законодательства с использованием прав на интеллектуальную собственность сводится не только к мерам реагирования, включая штрафные санкции, но и к определению регуляторами неких указателей, позволяющих хозяйствующим субъектам объективно оценивать последствия своего поведения на рынке.

Рассматривая мировой опыт методического сопровождения вопросов злоупотреблениями ИС в сфере конкуренции, следует отметить, что подобные рекомендации существуют в Китае, соответствующие информационные материалы выпускали антимонопольные органы Бразилии и Индии.

⁵³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1590

III. Вопросы соотношения антимонопольного регулирования и защиты прав на интеллектуальную собственность на территории ЕАЭС

Если говорить о положениях Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор о ЕАЭС), в частности об общих принципах и правилах конкуренции (раздел XVIII данного документа), то они не содержат какие-либо оговорки или запреты в отношении прав интеллектуальной собственности. Говоря простым языком в контексте указанных положений Договора права на ИС не имеют «антимонопольных иммунитетов».

Также следует обратить внимание и на Модельный закон «О конкуренции», утвержденный решением Высшего Евразийского экономического совета от 24.10.2013 № 50, предусматривающий, что законодательством государств может определяться порядок применения закона государства к отношениям, связанным с использованием исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг, за исключением случаев, установленных данным модельным законом.

Вместе с тем, положения законодательства государств-членов ЕАЭС в данном вопросе являются не только неоднозначными, но и в ряде случаев не позволяющими принимать меры антимонопольного реагирования к отношениям, связанным с использованием исключительных прав на объекты ИС.

Так, часть 7 статьи 169 (запрет антиконкурентных соглашений) Предпринимательского кодекса Республики Казахстан от 29.10.2015 № 375-5 определяя, что требования данной статьи не распространяется на соглашения об осуществлении исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, одновременно содержит оговорку, что этот иммунитет для ИС не действует, если такие соглашения привели или могут привести к ограничению или устранению конкуренции.

Закон Республики Армения «О защите экономической конкуренции» (в редакции Закона № НО-92-№ от 30.03.2021 г.) не содержит каких-либо изъятий при применении антимонопольных запретов к ИС и его положения распространяются на отношения, связанные с использованием прав на интеллектуальную собственность.

В Республике Беларусь (Закон Республики Беларусь от 12.12.2013 № 94-З «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»)

«антимонопольные иммунитеты» установлены в отношении антиконкурентных соглашений и монопольно высокой цены (тарифа) товара.

В свою очередь в Кыргызской Республике (Закон Кыргызской Республики от 22.07.2011 № 116 «О конкуренции») законодатель определил «иммунитеты» только в части запретов на антиконкурентные соглашения, не установив их в запретах на злоупотребление доминирующим положением.

В Российской Федерации (Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции») нормы, прямо указывающие на нераспространение антимонопольных запретов на действия по осуществлению исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, предусмотрены как для случаев антиконкурентных соглашений, так и для случаев злоупотребления доминирующим положением на рынке.

Таки образом, исходя из положений законодательства государств-членов ЕАЭС, возможность комплексного применения антимонопольного законодательства к отношениям с использованием ИС законодательно определена только в Республике Казахстан и в Республике Армения.

В этой связи можно констатировать отсутствие гармонизации законодательства государств-членов ЕАЭС в данной сфере антимонопольного регулирования.

Острая дискуссия относительно отмены действующих «антимонопольных иммунитетов» в антимонопольном законодательстве наблюдается в Российской Федерации с 2013 года.

На текущий момент можно отметить, что зарубежный правопорядок, равно как и российский, уже выработал надлежащие подходы применения антимонопольного законодательства к отношениям в сфере интеллектуальной собственности»⁵⁴.

Вместе с тем, опыт антимонопольного регулирования на территории Евразийского экономического союза, включая регулирование в рамках национальных юрисдикций, говорит о том, что данные вопросы уже переходят в практическую плоскость.

Российская Федерация

В практике российского антимонопольного ведомства представлены дела, в рамках которых рассматривались действия хозяйствующих субъектов, владеющих

⁵⁴ Д.А. Гаврилов, А.С. Петрова, «Вызовы для антимонопольного регулирования в цифровую эпоху», Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2017 год.

объектами интеллектуальной собственности, выходящие за пределы реализации прав на интеллектуальную собственность.

Характерным примером такой практики являются дела о нарушении антимонопольного законодательства со стороны компании Google и компании Microsoft Corporation.

Дело № 1-14-21/00-11-15 в отношении компании Google по заявлению ООО «ЯНДЕКС»

Производители Мобильных устройств, осуществляющие их реализацию на территории Российской Федерации, отказывались от дальнейшего сотрудничества с ООО «ЯНДЕКС» (предустановка его отдельных приложений, поисковой системы «по умолчанию») ввиду ограничений и запретов, установленных компанией Google (конкурент Яндекса) для таких производителей в рамках заключения с ними соответствующих соглашений/договоров.

Компания Google является владельцем операционной системы «Андроид» (далее – ОС «Андроид»), предназначенной для обеспечения функционирования мобильных устройств – смартфонов и планшетов. Компания Google также является разработчиком мобильных приложений и сервисов, предназначенных для мобильных устройств, функционирующих на базе ОС «Андроид» (далее – Мобильные устройства). Компании Google принадлежат права на ОС «Андроид» и приложения, входящие в пакет GMS, а также компания является правообладателем товарных знаков, связанных с использованием GMS.

Компания Google предоставляла своим контрагентам для предустановки на Мобильные устройства магазина приложений Google Play на следующих условиях:

- обязательной предустановки совместно с магазином приложений Google Play совокупности иных приложений, продуктов, сервисов Google;*
- обязательной предустановки на мобильные устройства и/или настройки на мобильных устройствах совместно с магазином приложений Google Play поисковой системы Google в качестве поисковой системы по умолчанию;*
- обязательного размещения предустанавливаемых совместно с магазином приложений Google Play иных приложений Google строго в определенных Google местах на экране Мобильного устройства;*
- соблюдения запрета на предустановку приложений, продуктов, сервисов, разработанных иными хозяйствующими субъектами, в том числе обеспеченного предоставлением со стороны Google Inc. и Google Ireland Limited вознаграждения или иного материального стимулирования.*

Таким образом, предоставление компанией Google своим контрагентам магазина приложений Google Play для предустановки на Мобильные устройства на указанных условиях, привели к запрету на предустановку приложений других разработчиков – конкурентов, в том числе ООО «ЯНДЕКС».

Такие практики компании Google в совокупности создавали непреодолимые барьеры для множества разработчиков приложений и сервисов (в частности, для Яндекса), для которых предустановка на смартфоны – гарантированный доступ к потребителю.

На основании Аналитического отчета, подготовленного в соответствии с Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее – Приказ № 220), комиссия ФАС России установила, что Google обладает долей на рынке предустановленных магазинов приложений для ОС «Андроид», локализованных для распространения на территории Российской Федерации, более 50% (58,18%), то есть в соответствии с частью 1 статьи 5 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) занимает доминирующее положение, в том числе в виду наличия его прав на ОС «Андроид» (ОС «Андроид» - это специализированная расширяемая операционная система для различных устройств. На сегодняшний день она является одной из самых распространенных и устанавливаемых мобильных платформ в мире).

Программные продукты, предназначенные для обеспечения функционирования мобильных устройств на ОС «Андроид», включая решение базовых и прикладных задач, объединены в единый пакет Google Play Services, который является частью пакета приложений GMS.

По результатам рассмотрения дела комиссия ФАС России пришла к выводу, о неприменимости в данном деле изъятий (часть 4 статьи 10 Закона о защите конкуренции), установленных для действий по распоряжению правами на объекты интеллектуальной собственности.

Так, в своем решении ФАС России констатировал следующее:

«.....GMS объединяет в себя три группы составляющих (магазин приложений Google Play (прикладная программа, предназначенная для поиска, приобретения, установки и обновления различных приложений); ряд дополнительных приложений (прикладных программ); а также набор системных программ (Google Play Services)), которые решают задачи в различных предметных областях. Каждая указанная программа выполняет свою собственную законченную функцию, и их система не образует программный комплекс, по этой же причине GMS не является

составным производением с позиции ст. 1260 ГК РФ (Правовое заключение МГЮА от 02.09.2015).

Самостоятельным объектом исключительных прав является каждая конкретная программа для ЭВМ (приложение), осуществление исключительных прав на которые охватывает только действия по использованию данной программы, но не весь процесс коммерческой деятельности, связанный с ним. Соответственно в предмет договора, оформляющего предоставление права использования программы для ЭВМ, может включаться только описание пределов использования программы. Любые иные вопросы взаимоотношений сторон, которые также может урегулировать лицензионный договор, будут выходить за пределы лицензионных правоотношений. Эта позиция основана на положениях применимого гражданского законодательства и поддерживается судебной практикой.⁵⁵

В этой связи действия компании Google квалифицированы ФАС России как нарушение части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (злоупотребление доминирующим положением)⁵⁶.

Дело в отношении компании Google по заявлению АО «Лаборатория Касперского»

В адрес ФАС России поступило заявление АО «Лаборатория Касперского» о нарушении антимонопольного законодательства со стороны Microsoft Corporation, выразившимся в действиях по непредоставлению в 2015 году RTM-версии операционной системы (далее - ОС) Windows 10 в срок, необходимый для адаптивирования антивирусного программного обеспечения (далее - ПО) заявителя для корректной работы с ОС Windows 10.

Между АО «Лаборатория Касперского» и Microsoft Corporation заключен договор на лицензирование и указание антивирусного API в Windows 10 (Windows 10 antimalware API license and listing agreement) (далее — Договор). Согласно Договору, в целях содействия надлежащему функционированию антивирусного ПО для его использования в Microsoft Windows, Microsoft Corporation создала набор Антивирусных API, который позволяет антивирусному ПО взаимодействовать с операционной системой.

⁵⁵ <https://fas.gov.ru/documents/378526>

⁵⁶ По судебному делу № А40-240628/2015 суды нескольких инстанций (например, Решение Арбитражного суда города Москвы от 15.03.16, постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 19 августа 2016 г. № 09АП-20740/2016 и Арбитражного суда Московского округа от 20 апреля 2017 г. № Ф05-18245/2016) подтвердили законность решения Комиссии ФАС России о признании компании Google нарушившей часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

В 2015 году Microsoft Corporation выпустила на рынок RTM-версии операционной системы Windows 10 (далее – ОС Windows 10). При этом в ОС Windows 10 было встроено антивирусное программное обеспечение (далее – ПО) от Microsoft Corporation — Windows Defender, за предоставление которого с пользователя не взималась дополнительная плата. При этом до начала продаж полностью рабочей версии ОС Windows 10 (версия для использования конечными пользователями) Microsoft Corporation в период ее разработки (2014-2015 года) предоставляла компаниям, разрабатывающим антивирусное ПО, версии ОС Windows 10 различной степени готовности для адаптации антивирусного ПО их разработки в целях обеспечения совместимости с ОС Windows 10 .

Несмотря на значимость адаптации стороннего антивирусного ПО, Microsoft Corporation значительно сократила сроки, в которые разработчикам антивирусного ПО предоставлялись версии ОС Windows 10 в комплектности и с функционалом, соответствующими рабочей версии ОС Windows 10, с двух месяцев до 6 календарных дней по сравнению с более ранними ОС семейства Windows .

В том же 2015 году Microsoft Corporation выпустила документ под названием Белая книга «Основные принципы противодействия вредоносному программному обеспечению», составной частью которого являются «Требования для антивирусного ПО». Данным документом определены условия, создающие ограничения в части формы и сроков уведомлений пользователей стороннего антивирусного ПО (в т.ч. АО «Лаборатория Касперского») об истечении лицензии на такое ПО и необходимости продления ее текущей версии, а также установлены ограничения по срокам показа таких уведомлений пользователям. При этом по истечении срока стороннего антивирусного ПО будет автоматически включено антивирусное ПО Microsoft Corporation – Windows Defender.

«Требования для антивирусного ПО» компании Microsoft Corporation содержат раздел – «Меры воздействия, применяемые к антивирусным приложениям, не отвечающим описанным требованиям», условия которых могут послужить основанием для удаления, отключения (блокировки) стороннего антивирусного ПО (в том числе ПО АО «Лаборатории Касперского»), даже если данное ПО не является несовместимым (корректно работающим).

Исходя совокупности положений «Требований для антивирусного ПО», Microsoft Corporation не рекомендует независимым разработчикам антивирусного ПО использовать недокументированные API ОС Windows 10. Используя недокументированные API ОС Windows 10, компания Microsoft Corporation, в отличие от сторонних разработчиков антивирусного прикладного ПО, не рискует

тем, что его антивирусное приложение *Windows Defender* может быть не перенесено в обновленные версии ОС *Windows 10*. При таких условиях была создана возможность использования компанией *Microsoft Corporation* недокументированных API (не уведомляя другую сторону о тех недокументированных API, которые им используются), что дает ей потенциальное конкурентное преимущество.

ФАС России был проведен анализ состояния конкурентной среды и подготовлен Аналитический отчет о состоянии конкуренции на товарном рынке.

По результатам проведенного анализа товарного рынка по предоставлению RTM-версий операционных систем для стационарных компьютеров и ноутбуков для адаптивования прикладного программного обеспечения, ФАС России было установлено, что *Microsoft Corporation* занимает доминирующее положение (доля 95,6%) на товарном рынке ОС для стационарного аппаратного обеспечения для конечных пользователей, а также на рынке предоставления RTM-версий ОС для стационарных компьютеров и ноутбуков для адаптации прикладного ПО.

По результатам рассмотрения дела ФАС России пришел к выводу, что совокупность изложенных действий *Microsoft Corporation* привела к созданию дискриминационных условий для работы на ОС *Windows 10* антивирусного ПО АО «Лаборатория Касперского» по сравнению с антивирусным ПО *Microsoft Corporation - Windows Defender*. Это может привести к ограничению конкуренции на рынке антивирусного прикладного ПО на территории Российской Федерации. На этом основании ФАС России усмотрела в действиях *Microsoft Corporation* признаки нарушения пункта 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившегося в создании дискриминационных условий для хозяйствующих субъектов.

В этой связи и на основании части 3 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции ФАС России было принято решение об отложении рассмотрения дела и выдаче *Microsoft Corporation* Предупреждения (выдано 13.06.2017) о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства.

С учетом того, что по состоянию на 15 августа 2017 г. *Microsoft Corporation* предприняла все возможные меры для прекращения вменяемого ей нарушения антимонопольного законодательства и исполнила все требования указанного предупреждения, дело № 1-00-168/00-11-16 было прекращено.

Дело № 11/01/10-24/2019 в отношении компании Apple по заявлению АО «Лаборатория Касперского»

В августе 2020 года ФАС России завершил рассмотрение антимонопольного дела, возбужденного в отношении Apple Inc. (головная компания Apple, США) по заявлению АО «Лаборатория Касперского» в 2019 году.

В ходе расследования было установлено, что Apple занимает доминирующее положение с долей 100% на рынке распространения мобильных приложений на операционной системе iOS, поскольку установить такое приложение легальным способом возможно только из магазина App Store.

Правонарушение выразилось в проведении компанией Apple (начиная с октября 2018 года) последовательной политики по ограничению инструментов и возможностей для разработки приложений родительского контроля, в результате чего большая часть функционала приложений сторонних разработчиков была утрачена. Проведение такой политики по времени совпало с выходом собственного предустановленного приложения «Screen time» (Экранное время) компании, которое обладает функционалом, сходным с функционалом приложений родительского контроля.

Нарушение выразилось также в установлении компанией Apple права отклонять либо не допускать в магазин приложений App Store любое приложение стороннего разработчика, даже если оно соответствует всем требованиям Apple.

В рамках рассмотрения дела Apple заявила, что рассматриваемые действия попадают под исключение, установленное частью 4 статьи 10 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которой требования данной статьи не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Вопрос применимости положений Закона о защите конкуренции к обстоятельствам рассматриваемого в рамках дела нарушения с использованием объектов интеллектуальной собственности был предметом рассмотрения комиссии ФАС России.

Так, комиссия ФАС России в своем решении отметила, что в соответствии с статьей 1225 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) к объектам интеллектуальной собственности, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), относятся, в том числе, программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ). Согласно пункту 1

статьи 1259 ГК РФ, к объектам авторских прав также относятся программы для ЭВМ, которые охраняются как литературные произведения.

Общие положения об осуществлении исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности содержатся в статье 1229 ГК РФ, согласно части 1 которой лицо, обладающее исключительным правом на объект интеллектуальной собственности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению **любым не противоречащим закону способом**.

Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на объект интеллектуальной собственности или на средство индивидуализации (статья 1233), если настоящим Кодексом не предусмотрено иное. В свою очередь, автору произведения или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение (пункт 1 статьи 1270 ГК РФ) в соответствии со статьей 1229 настоящего Кодекса в любой форме и любым не противоречащим закону способом (исключительное право на произведение). Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на произведение.

Таким образом, осуществление исключительных прав на программы для ЭВМ являются действия по использованию программы для ЭВМ или действия по распоряжению исключительными правами на программу для ЭВМ.

Комиссия ФАС России было установлено, что при распространении приложений для устройств под управлением iOS разработчики не осуществляют использование, в том числе, воспроизведение, распространение, переработку магазина приложений App Store, равно как и API систем, предоставляемых Apple для разработки собственных приложений, то есть, разработчики не используют произведение по смыслу статьи 1270 ГК РФ. При этом компания Apple оказывает разработчикам услуги по распространению приложений для устройств под управлением iOS, для чего Apple, а не разработчики приложений, проверяет и размещает приложения сторонних разработчиков в магазине приложений App Store, и предоставляет инструменты для обеспечения совместимости программ-приложений с программами Apple путем предоставления программных кодов и т.д., без влияния на программы Apple, в том числе без возможности внесения изменений в программы Apple.

Соответственно, исключение, предусмотренное частью 4 статьи 10 Закона о защите конкуренции, не распространяется на действия выходящие за пределы осуществления исключительных прав.

Следует также отметить, что при рассмотрении указанного дела ФАС России опирался на позицию Конституционного Суда Российской Федерации (далее – КС РФ), изложенной в его постановлениях от 13 февраля 2018 года № 8-П и от 18 июля 2008 года № 10-П.

Так, в постановлении от 13 февраля 2018 года № 8-П КС РФ констатировал, что по смыслу статей 8 (часть 1), 17 (часть 3), 34 (часть 2), 35 (части 1 и 2) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации, права и свободы в сфере предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности не должны осуществляться с нарушением прав и свобод других лиц и ставить под угрозу конституционно защищаемые ценности.

В постановлении от 18 июля 2008 года № 10-П КС РФ отметил, что в силу конституционного принципа справедливости, проявляющегося в необходимости обеспечения баланса прав и обязанностей всех участников рыночного взаимодействия, свобода, признаваемая за лицами, осуществляющими предпринимательскую и иную не запрещенную законом экономическую деятельность, и гарантируемая им защита должны быть уравновешены обращенным к этим лицам требованием ответственного отношения к правам и свободам тех, кого затрагивает их хозяйственная деятельность.

Такое конституционное требование равным образом обращено ко всем участникам гражданских правоотношений.

Исходя из этого, ГК РФ требует от участников гражданско-правовых отношений обеспечить добросовестное поведение, не использовать свое незаконное или недобросовестное поведение для получения преимуществ (пункты 3 и 4 статьи 1), а также не допускать злоупотребления правом в целях ограничения конкуренции, (пункт 1 статьи 10).

КС РФ пришел к выводу, что упомянутые исключения статьи 10 Закона о защите конкуренции не могут интерпретироваться и применяться как полностью выводящие коллизию интересов правообладателей товарных знаков и иных участников правоотношений по поводу товаров, на которых размещены соответствующие товарные знаки, и связанную с этим возможность оценки поведения сторон как недобросовестного из-под действия механизмов обеспечения баланса конституционно значимых ценностей.

Соответственно, Комиссия ФАС России посчитала, что предметом рассмотрения дела является не действия Apple по предоставлению использования своих прав на использование или распоряжение собственных программ для ЭВМ,

а поведение Apple на товарном рынке по отношению к разработчикам конкурирующих приложений, препятствующее такому распространению.

Следовательно, поскольку Apple, определяя функциональность приложений сторонних разработчиков, выходит за пределы осуществления исключительных прав на программы для ЭВМ Apple, ФАС России посчитала правомочным оценивать действия Apple по установлению условий по распространению приложений на предмет соответствия требованиям антимонопольного законодательства.

В итоге комиссия ФАС России установила, что компания Apple злоупотребила доминирующим положением по отношению к разработчикам мобильных приложений родительского контроля и ограничила конкуренцию на рынке распространения приложений для мобильных устройств, функционирующих под управлением операционной системы iOS.

Компании Apple выдано предписание об устранении нарушения.⁵⁷

Вопрос о правомерности применения антимонопольного законодательства также оценивался арбитражными судами Российской Федерации при оспаривании решения ФАС России по делу об установлении факта заключения антиконкурентного соглашения на рынке электронной контрольной ленты.

Дело в отношении ОАО «Ангстрем» и компании «Smartronics projects PTE LTD» (Сингапур)

В ходе проверки ФАС России установлено, что между ОАО «Ангстрем» и компанией «Smartronics projects PTE LTD» (Сингапур) заключен контракт от 15.12.2008 г. №3025/1512/2008 на поставку микроконтроллеров K5004BE1-017, согласно которому ОАО «Ангстрем» обязуется предоставить компании «Smartronics projects PTE LTD» эксклюзивное право на покупку указанных изделий на территории Российской Федерации, Европы и Азии.

ОАО «Ангстрем» является ведущим российским предприятием радиоэлектронной промышленности. Микроконтроллеры K5004BE1-017, производимые на ОАО "Ангстрем", являются неотъемлемой составной частью электронной контрольной ленты защищенной (далее - ЭКЛЗ), обязательной к применению в контрольно-кассовой технике (далее - ККТ) используемой на территории Российской Федерации.

⁵⁷ <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/b70e9d96-8d39-46f5-9d7d-342da95b354b/?query=>

В соответствии с указанным контрактом ОАО «Ангстрем» обязуется без предварительного разрешения в письменной форме от компании «Smartronics projects PTE LTD», ни напрямую, ни через посредника не продавать изделия на территории Российской Федерации, Европы и Азии, а также отказываться принимать и исполнять любые обращения других покупателей изделий на территории Российской Федерации, Европы и Азии, обязуется не продавать напрямую или назначать других агентов по продаже таких изделий на указанных территориях и направлять компании «Smartronics projects PTE LTD» все запросы от других клиентов на такие изделия.

Именно указанные условия Контракта, содержали антиконкурентные положения, что и обусловило вывод антимонопольного органа о нарушении ОАО «Ангстрем» и компанией «Smartronics projects PTE LTD» части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, согласно которой запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Учитывая, что производство ЭКЛЗ на территории Российской Федерации возможно только при условии использования в ней микроконтроллера K5004BE1-017, антимонопольный орган правомерно пришел к выводу, что действия ОАО «Ангстрем» в части заключения указанного контракта могли привести к существенному ограничению или устранению конкуренции как на рынке микроконтроллеров для ЭКЛЗ, так и на рынке ЭКЛЗ.

По результатам рассмотрения дела ФАС России принял решение о признании ОАО «Ангстрем» и компании «Smartronics projects PTE LTD» нарушившими части 1 и 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

В рамках обжалования в судебных инстанциях данного решения был рассмотрен вопрос об отнесении рассматриваемых действий к отношениям по использованию объектов интеллектуальной собственности.

Так, судом апелляционной инстанции сделан вывод о неправомерности применения к Контракту положений частей 1 и 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции, исходя из того, что ограничение правообладателя в осуществлении принадлежащих ему исключительных прав возможно только Гражданским кодексом Российской Федерации (ГК РФ). При этом ГК РФ не предусматривается возможность установления антимонопольным законодательством ограничений на использование лицом своего исключительного права.

Суд апелляционной инстанции отметил, что интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в котором выражен соответствующий объект интеллектуальных прав (ст. 1227 ГК РФ), поэтому при передаче вещи, содержащей охраняемый результат, должны быть урегулированы условия распоряжения договаривающимися сторонами исключительным правом на этот результат.

Таким образом, апелляционный суд исходил из того, что в данном случае ОАО «Ангстрем» распорядилось своими исключительными правами. При этом суд, сославшись на часть 4 статьи 10 Закона о защите конкуренции, указал, что требования этой статьи не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, являющихся, по существу, монопольными.

Однако, суд кассационной инстанции признал данные выводы апелляционного суда несостоятельными, поскольку положения Контракта направлены на ограничение свободного доступа именно к товару (микроконтроллер К 5004BE1-017), а не к объекту интеллектуальной собственности. Соответственно положения Контракта создают препятствия для развития конкуренции на рынке ЭКЛЗ. Также суд кассационной инстанции подтвердил выводы суда первой инстанции о правомерности применения положений части 1 и части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции и доказанности ФАС России обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого решения.

Данные примеры хорошо иллюстрируют то, что злоупотребления приобретают такую форму и характер, что приводят не только к нарушению прав и охраняемых законом интересов других лиц, но и к получению конкурентных преимуществ.

На сегодняшнем этапе антимонопольного (конкурентного) регулирования вопросов пресечения антиконкурентных действий с использованием интеллектуальной собственности, можно констатировать отсутствие достаточной практики в данном вопросе на территории ЕАЭС. Вместе с тем, имеющиеся примеры из национальных юрисдикций (например, практика ФАС России) позволяет сделать акценты на отдельных аспектах применения антимонопольного (конкурентного) законодательства к нарушениям, совершенным за пределами использования прав на ИС.

Права на интеллектуальную собственность могут обеспечивать или усиливать определенную рыночную власть хозяйствующих субъектов. В определенных

условиях действия, связанные с осуществлением таких прав, могут создавать предпосылки для ограничения конкуренции со стороны хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов путем их воздействия в одностороннем порядке на общие условия обращения товара на товарном рынке.
