

А.Е. ШАСТИТКО

Защита интеллектуальной собственности и антитраст*

Исследуется проблема взаимодействия политики в области защиты прав интеллектуальной собственности и защиты конкуренции. Предложены ответы на вопросы относительно необходимости сохранения исключений для интеллектуальной собственности в антимонопольном законодательстве с учетом специфических свойств российского антитраста. Рассмотрены международные аспекты данного вопроса, так же как и перечень аспектов, формирующих предметное поле проблемы поиска наилучшего из возможных вариантов баланса защиты конкуренции и прав интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: антитраст, права интеллектуальной собственности, конкуренция.

The issue of interplay of intellectual property rights protections vs. competition protection is analysed. There answers on question whether it is necessary to sustain exemptions for intellectual property rights in antimonopoly legislation taking into account specific attitudes of Russia antitrust. The international dimension of issues mentioned is considers as well as list of aspects which composes the subject matter for seeking best of available balances between antitrust and intellectual property rights protection.

Keywords: antitrust, intellectual property rights, competition.

В результате внесения изменений в российское законодательство норм, предусматривавших применение оборотных штрафов за нарушение требований антимонопольного законодательства (в первую очередь, статьи 14.31 и 14.32 Кодекса административных правонарушений – КоАП РФ), а также после появления первых случаев выплаты миллиардных штрафов (по результатам рассмотрения дел против “большой четверки”¹), стало очевидно, что изменения в сфере антитраста имеют системное значение. Если принять во внимание острую дискуссию, возникшую вокруг вопроса о правомерности применения исключений из антимонопольных запретов для отношений, связанных с использованием защищенных соответствующими правами результатов интеллектуальной деятельности, то в число актуальных на ближайшую перспективу входит вопрос обеспечения сбалансированности антимонопольных запретов

* Статья подготовлена в рамках проекта РАНХиГС (2013) и проекта Национального исследовательского университета–Высшей школы экономики (2012–2013 гг.). Выражаю благодарность А. Карапетову и Е. Хохлову за возможность выступить с докладом “круглом столе” “Интеллектуальная собственность и антитраст: вместе или порознь?”.

¹ В данном случае речь идет о крупных российских нефтяных компаниях, которые в 2008–2011 гг. неоднократно оказывались объектами антимонопольных расследований и участниками судебных дел.

Ш а с т и т к о Андрей Евгеньевич – доктор экономических наук, профессор, директор центра исследований конкуренции и экономического регулирования Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (РАНХиГС), профессор экономического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова.

и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности. В связи с поиском решения данной задачи возникает множество частных вопросов, варианты ответов на некоторые из которых предложены в данной статье. В их числе:

- соотношение конкуренции, нововведений и прав на результаты интеллектуальной деятельности;
- возможности злоупотребления правами на защиту конкуренции и возможности злоупотребления правами на результаты интеллектуальной деятельности;
- международный контекст поиска баланса между защитой прав на результаты интеллектуальной деятельности и антитрастом;
- многообразии (неоднородности) предметного поля проблемы, включая возможности выбора различных режимов защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Вопрос о соотношении антитраста и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности стал особенно актуальным в связи с инициацией процедур по подготовке предложений о внесении изменений в закон “О защите конкуренции” и Гражданский кодекс РФ, направленных на изменение сложившегося баланса анти-монопольных запретов и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности (<http://izvestia.ru/news/543396#ixzz2IsQYyPpW>).

Защита конкуренции и права на результаты интеллектуальной деятельности

Антитраст – набор запретов, направленных на защиту конкуренции посредством применения исключений к принципу свободы договора, зафиксированному в ст. 421 ГК РФ, общие принципы которого сформулированы в статье 10 ГК РФ. Антимонопольные запреты, сконцентрированные в первую очередь в законе “О защите конкуренции”, предполагают частичное размывание (ослабление) права собственности, если объяснять эффекты такого рода запретов в терминах экономической теории прав собственности². Однако из сказанного не следует, что антитраст в своей основе противоречит идее защиты (ослабления защиты, если рассматривать в контексте современной дискуссии) прав на результаты интеллектуальной деятельности (РИД).

Конкуренция на товарном рынке создает, при прочих равных, такие условия, которые обеспечивают более сильные стимулы (чем в условиях монополии или ограниченной конкуренции) для создания результатов интеллектуальной деятельности, что обуславливает снижение издержек производства и/или увеличение спроса на товар. Это, в частности, связано с тем, что выигрыш, получаемый владельцем прав на РИД, в результате снижения издержек производства и/или повышения спроса на производимую продукцию, приводит к более значительным увеличению объемов производства, снижению цен и, наконец, большим масштабам суммарного выигрыша, чем в условиях монополии. Данный эффект, известный как эффект замещения, был выявлен К. Эрроу более 50 лет назад [Atgow, 2012] и до сих пор считается одним из наиболее фундаментальных и важных в рамках дискуссии об эффектах различных режимов защиты, а также условий и результатов создания РИД.

В свою очередь, защита прав на РИД – важнейшее условие воспроизводства стимулов для их создания³. Действительно, если предположить наличие у конкурентов свободного доступа к РИД некоей компании, действующей на рынке в условиях конкуренции, то ее прибыль от РИД практически сразу станет равной нулю. Кажется, что общественное благосостояние в данном конкретном случае мо-

² Об экономической теории прав собственности см. [Шаститко, 2010].

³ Вполне возможно, что эти стимулы могут не быть решающими в тех случаях, когда (1) сами РИД являются *побочным* – непредвиденным *ex ante* – результатом действий, направленных на достижение иных целей, (2) *процесс* обладает самостоятельной ценностью наряду с РИД.

жет увеличиться. Однако *ожидание* такого сценария со стороны потенциального правообладателя, если допустить его ограниченную рациональность, но вместе с тем, способность стратегического планирования, может не только ослабить стимулы к инвестициям в нововведения и в создание РИД, но и в принципе настроить стимулы и внимание (индивидуально и организационно) на аспекты организации деятельности, не связанные с инновациями на основе использования РИД и, соответственно, не имеющими отношения к экономическому развитию. Действительно, затраты, связанные с созданием РИД, можно было бы рассматривать как постоянные (относительно объема выпуска продукта, производимого с использованием данного РИД).

Однако наличие свободного доступа, не предполагающего компенсацию даже расходов на создание РИД, фактически означает наказание за инновационную деятельность. В таком случае эффект может быть получен однократно, если используется фактор неожиданности. Предсказуемый результат – не только снижение стимулов данной компании к инвестированию в создание РИД, но и, что вполне возможно, снижение стимулов компаний как в данной отрасли, так и в других отраслях. В одной из недавних работ [Acemoglu, Akcigit, 2012] были выявлены признаки наличия таких эффектов в области разработки программного обеспечения, когда после многолетних антимонопольных разбирательств в отношении Microsoft изменился тренд в инвестиционной активности не только данной компании, но и компаний, работающих в той же сфере, хотя, казалось бы, они должны были получить определенные бонусы от решений в отношении Microsoft.

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

Вместе с тем ситуации на рынке многообразны, и существует, например, так называемый эффект эффективности [Тириоль, 2000, с. 318–320], возникающий в случае, когда существует угроза входа конкурента через инновацию на рынок, где уже действует закрепившийся монополист. В этой ситуации вполне реально, что затраты и стимулы к созданию РИД у монополиста могут (хотя и необязательно) оказаться выше, чем у потенциального конкурента. Причем в качестве инструмента защиты от конкуренции может быть применена схема приобретения прав с последующим перемещением “патента на полку” и превращения его в “спящий”. В этой связи следует обратить внимание на проблему, хорошо известную со времен СССР: создание РИД не является достаточным условием реализации нововведения и, соответственно, обеспечения роста качественных характеристик производимой продукции с последующим повышением готовности покупателей платить более высокую цену за единицу товара (эффекты на стороне спроса), снижения издержек производства (эффекты на стороне предложения). Разнообразные ситуации возникают и в случае организации так называемых патентных гонок, смысл которых состоит не столько в том, чтобы как можно быстрее реализовать нововведение, сколько в том, чтобы как можно быстрее получить права на РИД и тем самым обеспечить защищенность положения на рынке.

Однако не может ли сам РИД быть источником ограничения конкуренции и снижения благосостояния, в том числе замеряемого с помощью выигрышей потребителей? Возможно, предметное поле проблемы существенно разнообразнее, и представленная аргументация о стимулах фирмы в условиях конкуренции к инвестированию в создание РИД, необходимого для нововведений, отражает пусть и важный, но частный случай?

Нужны ли исключения для РИД в российском антимонопольном законодательстве?

Один из широко обсуждаемых вопросов в формате третьего (принятого в конце 2011 г.) и четвертого антимонопольного пакетов⁴ (обсуждение которого, по сути, началось в феврале 2012 г. и продолжается до сих пор) – необходимость сохранения или устранения из формулировок статей 10 (часть 4) и 11 (часть 9) закона “О защите конкуренции” исключений по поводу РИД. Должны ли антимонопольные запреты распространяться на действия по использованию прав на РИД? Представленная выше позиция дает основание считать, что тут простого ответа, которым следовало бы руководствоваться без уточнений и корректировок, не допуская существенных ошибок, не существует.

В *долгосрочном* плане односложный ответ по принципу “да/нет” ошибочен с точки зрения повышенных рисков ошибок I и II рода. Иными словами, отсутствие понимания, как именно могут применяться такого рода запреты в случае положительного ответа на вопрос, будут приводить к значительным рискам ошибок I рода: ошибочному запрету тех действий и тех соглашений, которые в действительности либо вообще не имеют отношения к ограничению конкуренции, либо для их существования есть веские основания (оправдание на основе аргументов об эффективности, что концептуально соответствует конструкции норм статьи 13 закона “О защите конкуренции”, практика применения которой крайне ограничена).

Если давать односложный отрицательный ответ на данный вопрос, то фактически это означает либо признание правильным тезиса о том, что указанные исключения вообще не имеют никакого значения и ничего на самом деле не ограничивают (либо самого предмета нет, либо существуют другие нормы, позволяющие решить гипотетические проблемы), либо не принимается во внимание возможность злоупотребления правами, в том числе правами на РИД как способом ограничения конкуренции, не связанным с повышением эффективности и, как следствие, не компенсируемым выигрышами потребителей.

Таким образом, при соблюдении ряда условий, связанных с решением проблемных вопросов в области защиты прав собственности и содержания/применения норм антимонопольного законодательства, в долгосрочной перспективе есть основания ответить “да”. В *краткосрочной* же перспективе больше оснований для односложного ответа “нет”, что в первую очередь обусловлено: 1) состоянием дела в сфере создания и защиты прав на РИД; 2) общим состоянием антитраста в России; 3) местом России в международной системе экономических обменов по поводу создания и использования РИД, а также передачей связанных с ними прав (это не только вопросы позиционирования России в международном разделении труда в производстве товаров с использованием РИД, но и такие вопросы, как регистрации патентов, параллельный импорт и исчерпание исключительных прав).

В таком случае, является ли удовлетворительным подход к решению вопроса о сбалансированности антимонопольных запретов и защиты прав на РИД? Если кратко, то ответ можно сформулировать так: реализованный подход не идеален, но приемлем в том смысле, что не требует неотложных (специфичных по времени⁵) мер по исправлению ситуации. В этой связи необходимо обратить внимание на четыре взаимосвязанных аспекта обсуждения данной проблемы.

Во-первых, Россия по-прежнему располагается в нижней части международных рейтингов, оценивающих состояние дел с защитой прав интеллектуальной собственности. В частности, согласно ежегодному Докладу о глобальной конкуренто-

⁴ В данном случае используется термин, возникший в результате определенной инерции механизма публичного обсуждения изменений антимонопольного законодательства.

⁵ По аналогии со специфическими активами, специфические во времени действия должны обладать свойством, согласно которому чистый выигрыш будет больше, если это действие совершено в определенный момент времени согласно принципу “сегодня рано, а завтра – поздно”.

способности, готовящегося для Всемирного экономического форума, Россия занимала 125-е место из 144 стран по разделу “Защита интеллектуальной собственности” (что немногим лучше ситуации в области защиты прав собственности в целом – 133-е место) [World... 2012, p. 388–389].

Во-вторых, обсуждение вопроса о содержании российского антимонопольного законодательства (в том числе, норм 10 и 11 статьи закона “О защите конкуренции”) нельзя рассматривать в отрыве от практики применения норм. В противном случае вероятно повторение ошибок политики, основанной на наивной теории импорта институтов. Суть данной теории может быть сведена к следующим идеям. Поскольку в развитых странах сформировались хорошо зарекомендовавшие себя институты, необходимо выявлять и заимствовать лучшие зарубежные практики посредством соответствующего изменения законодательства. В лучшем случае такая идея сопровождается обсуждением того, каким образом эти изменения должны быть вписаны в существующую систему законодательства. В качестве иллюстрации можно напомнить логику рассуждений сторонников выбранного способа приватизации в России в первой половине 1990-х гг.: даже если первоначально права собственности на активы в результате приватизации окажутся у неэффективных собственников, посредством перераспределения (обмена) правами в конечном счете они перейдут к эффективным собственникам.

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

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

В-четвертых, обсуждаются пути и способы проработки вопроса о направлениях изменений, касающихся: 1) формирования и соблюдения стандартов доказательства в делах о нарушении требований антимонопольного законодательства и в рамках контроля сделок экономической концентрации; 2) оценки эффектов применения норм *post factum* с применением доступных инструментов экономического анализа; 3) проектирования норм с учетом ожидаемых эффектов (как в плане эффективности, так и распределения) [Использование... 2006]. Данный вопрос касается, в том числе, и аргумента в пользу отмены исключений из статей 10 и 11: крупные зарубежные компании пользуются установленными исключениями и эксплуатируют свое положение в

ущерб российским потребителям. Не исключено, что это и так, но, во-первых, существуют другие нормы, которые, возможно, позволяют решить обозначенную проблему; во-вторых, вероятно, не учитываются другие варианты объяснения применяемых практик, отсутствие которых только ухудшило бы положение потребителя (негостеприимная традиция в антитрасте); наконец, в-третьих, данные исключения касаются и российских создателей РИД, отмена которых создает для них дополнительные антимонопольные риски и, соответственно, предпосылки для повышения издержек в целях управления данными рисками.

Обозначенные обстоятельства позволяют определиться с подходом к ответу на вопрос: не будет ли противоречить распространение антимонопольных запретов на действия по использованию прав на РИД нормам части IV ГК РФ, и соответствует ли данный подход обязательствам, принятым в России в рамках присоединения к ВТО? Риски такие есть в той мере, в какой, во-первых, возможны злоупотребления правами на защиту конкуренции как со стороны участников рынка, так и со стороны госорганов (в первую очередь, обладающих полномочиями по применению норм антимонопольного законодательства). Во-вторых, существует проблема подмены защиты конкуренции защитой интересов отдельных участников хозяйственного оборота. Отчасти эта проблема была признана и решена в третьем антимонопольном пакете путем разделения видов нарушений статей 10 и 11 на две группы, во второй из которых оказались нормы, описывающие практику, преимущественно эксплуатирующую, но не исключаящую. В-третьих, распространение экономического регулирования под видом применения инструментов классического антитраста – также один из рисков. В числе ближайших примеров – закон о торговле [Avdasheva, Shastitko, 2012]. Однако в-четвертых (и на это обстоятельство необходимо обратить особое внимание), систематических (и даже фрагментарных) оценок такого рода рисков сделано не было. Отсюда любое решение на данный момент – решение вслепую с одним вполне предсказуемым последствием: подтверждением нестабильности правил игры как одного из критериев нереализованности принципа верховенства права (согласно структуре указанного индекса) [Agrast, Votero, Ponce, 2010]. Вот почему необходимо накопление позитивного знания о формах и масштабах злоупотребления правами на РИД, с одной стороны, и использования антимонопольного законодательства для разрешения хозяйственных споров вместо защиты конкуренции – с другой, в целях недопущения ошибок I рода, когда государственное вмешательство может стать источником разрушения благотворной для общественного благосостояния кооперации между участниками рынка.

Защита прав на РИД в международном контексте

Что касается обязательств России в связи с присоединением к ВТО, для ответа на поставленный вопрос о сбалансированности антимонопольных запретов и защиты прав на РИД необходимо учесть, что, во-первых, РИД многообразны и для каждого вида есть свои особенности (например, в вопросе ограничения параллельного импорта в случае использования прав на средства индивидуализации, что нехарактерно, в частности, для патентов или промышленных образцов). Во-вторых, в ВТО, насколько известно, нет единых правил по защите конкуренции (так же как и отсутствует глобальная антимонопольная политика), хотя на более ранних этапах обсуждалась такая возможность. Один из вариантов объяснения, почему такая возможность – глобальные правила конкуренции – не была актуализирована, изложен в [Авдашева, Шаститко, 2012].

Большое значение будет иметь практика применения существующих норм национального законодательства. А это означает, что на первый план выходят не столько формулировки норм, содержащих запреты, а также отражающих механизмы спецификации и защиты прав на РИД, сколько сложившиеся стандарты выявления фактов нарушения установленных правил, структура санкций в отношении нарушителей, масштабы ошибок I и II рода в правоприменении. Что действительно существенно в

этой связи – обеспечение гарантий защиты прав на РИД (в первую очередь, для тех из них, где издержки, связанные с техническими аспектами копирования, близки к нулю) [Шаститко, Курдин, 2012; Shastitko, Kurdin, 2011], поскольку незащищенность законных правообладателей создает эффект размывания прав, который в свою очередь может быть мультиплицирован в случае распространения антимонопольных запретов на РИД, причем дважды: сначала самим фактом запретов (ошибка I рода в правоустановлении), затем ошибочным установлением фактов ограничения конкуренции в ситуации, когда стандарты доказательства невысоки, а презумпция невиновности *de facto* не срабатывает.

Но разве в юрисдикциях с развитой инфраструктурой антимонопольного принуждения и защиты прав на РИД не применяются антимонопольные запреты в отношении действий и соглашений по использованию прав на эти объекты? Применяются. Однако, как показывает практика, в этой сфере об унификации речи не идет, если, например, сравнивать США и ЕС. В США действует приоритет защиты прав правообладателей, тогда как приоритет защиты прав на доступ к РИД (включение РИД в оборот не столько опосредованно – через производство товаров/услуг, но и непосредственно) – относительная специфика ЕС. Вместе с тем отношения по поводу РИД – именно та область, где наиболее актуальны проблемы соотношения запретов согласно букве закона в отличие от правила взвешенного подхода [Курдин, Комкова, 2012]. В свою очередь, правило взвешенного подхода предъявляет существенно более высокие требования к технике применения норм, в том числе с точки зрения уровня и масштабов использования инструментов экономической теории. Если пытаться упорядочить классы ситуаций, в которых может возникнуть проблема ограничения конкуренции в связи с использованием прав на РИД, причем такая, что потребуются применение инструментов антимонопольного регулирования, можно представить следующий краткий список:

- патентные соглашения, связанные со сговором (кросс-лицензирование и патентные пулы; фиксирование цен);
- эксклюзивные условия сделки (исключительное лицензирование и исключительное право на сбыт); оговорка о предоставлении лицензиару исключительных прав на изобретения лицензиата в области предоставления лицензии (*grant-back*); пакетное лицензирование; невозможность оспаривания законности прав интеллектуальной собственности;
- отказ от сделки или препятствия входу на рынок (односторонний отказ от сделки; обратный платеж);
- установление стандартов (патентная засада; проблема вымогательства).

Представленный перечень тесно связан с типами ситуаций, в которых возможно возникновение признаков ограничений конкуренции, и вероятно, возникнет основание для вмешательства антимонопольного органа на основе сложившейся (специфической) практики применения норм антимонопольного законодательства в определенной стране (США) или в группе стран, сопоставимых по общим условиям ведения бизнеса. Для выявления границ предметного поля обсуждения вопроса о сбалансированности антитраста и защиты прав на РИД может потребоваться более широкий взгляд, представленный в следующем разделе. Не претендуя на стройность таблицы Д. Менделеева, он позволяет обозначить множество отношений как в ситуациях “РИД–обычный товар”, так и “РИД–РИД”.

Предметное поле проблемы

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

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

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

Когда речь идет об ограничении конкуренции в связи с действиями и соглашениями по поводу прав на РИД, зачастую речь идет о таком их использовании, которое может привести к ограничению конкуренции на рынках товаров, производимых и реализуемых в связи с использованием данных прав. Существуют ли отдельные товарные рынки, связанные с реализацией прав на результаты интеллектуальной деятельности? Если объекты РИД рассматривать как обычный товар (как это предлагается в США), формально можно ставить и вопрос об определении рынков в антимонопольном смысле. Но в связи с этим возникает множество других вопросов, которые не только толком не обсуждались, но некоторые даже не поставлены как необходимые условия для позитивных исследований. Например, как будут определяться продуктовые и географические границы рынка РИД? Какие показатели использовать для оценки объемов рынка (если значительная часть РИД – информация)? Какое значение на данных рынках имеет рыночная доля, и имеет ли она вообще какое-либо отношение к рыночной власти? Каковы особенности барьеров входа и каковы адекватные концепции, описывающие, например, свойства сетевых эффектов на такого рода рынках?

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

1. РИД – “обычный” товар. В этом случае объект анализа и принятия решений – ситуации, когда правообладатель передает либо часть, либо все права из доступного пучка (который может быть представлен в разных вариантах – А. Оноре, С. Пейович, Э. Остром и др.) другому лицу, утрачивая (сохраняя) права (часть прав) на него. Строго говоря, в рамках данной категории соотношений могут поместиться различные варианты экономической организации, начиная от продажи исключительной лицензии и заканчивая лицензированием с оговоркой о предоставлении лицензиару исключительных прав на изобретения лицензиата в области предоставления лицензии. В этом случае возникает стандартный набор вопросов относительно положения и поведения хозяйствующего субъекта на рынке, возникающих при этом эффектов, но с учетом специфики РИД. В первую очередь, это касается рынка в продуктовых границах, ибо применимость теста гипотетического монополиста как на основе анализа статистических данных, так и на основе выборочных опросов, видимо, обладает существенно меньшими перспективами, чем для рынков товаров, для производства которых эти РИД используются. Во вторую очередь речь идет о составе участников рынка и в связи

с этим – о вопросе не только о продуктовых, но и о географических границах. Принимая во внимание значительные различия в отдельных видах РИД, один из наиболее важных вопросов – наличие барьеров входа и их преодолимость (причем, не только для легальных производителей, но и производителей контрафакта).

2. РИД – необходимое условие для производства обычного товара. Этот вариант соотношения важен потому, что демонстрирует возможность существования спроса на РИД, производного от спроса на товары, с помощью которого они производятся. Один из возможных случаев – патенты, существенные для установления отраслевых стандартов, соблюдение которых, в свою очередь, обязательно для производства “обычных” товаров.

3. РИД – важное, но не необходимое условие для производства товара. Это означает, что один и тот же товар (или близкий заменитель) может быть произведен и без использования РИД с защищенными правами, причем таким образом, что это не обязательно приводит к потере конкурентоспособности не использующего этот РИД производителя “обычного” товара (в том числе, по причине экономии на специфических инвестициях и использовании более простых бизнес-моделей).

4. Одно из нескольких конкурирующих РИД – необходимое условие для производства обычного товара. Подразумевается, что без использования какого-либо из РИД невозможно произвести конкурентоспособный “обычный” товар. Но вместе с тем, существуют различные РИД, взаимозаменяемые при производстве обычного товара (близкие заменители, которые могут быть объединены в рамках одного рынка в продуктовых границах). Однако в этом случае также следует учитывать, что существование *ex ante* такой возможности для отдельного участника рынка может быть значительно ограничено *ex post* по причине значительных издержек переключения.

5. Одно из нескольких конкурирующих РИД – важное, но не необходимое условие для производства обычного товара. Этот вариант, по сути, воспроизводит комбинированные характеристики 3 и 4. Однако в данном случае речь идет о производстве товаров – близких заменителей, образующих один рынок (в продуктовых границах в первую очередь), когда, например, наряду с брендированным товаром в обороте находятся товары с наименованием, права на которые не защищены в том числе и потому, что ключевая характеристика продукта привязана к родовому названию (например, хлебопекарные дрожжи, сливочное масло и т.п.).

6. РИД, необходимый для производства товаров, – в свою очередь необходимое условие для создания другого РИД, с помощью которого производятся те же товары или новые товары (но с лучшими характеристиками). Если РИД – необходимое условие нововведения, то в данном случае речь идет о кумулятивных нововведениях. В отличие от предшествующих вариантов в данном случае речь идет о динамическом аспекте по определению. Кумулятивные эффекты в нововведениях с использованием РИД означают, что отдельно взятый РИД обладает меньшей ценностью, чем с учетом его связей с другим(и) РИД во времени [Chang, 1995]. В данном контексте необходимо различать РИД, создание которого не связано с возможностями создания других РИД, от тех РИД, что могут быть созданы только при условии доступа к существующему РИД (и наоборот, РИД, без которых создание новых РИД невозможно). В связи с вопросами о защите прав на РИД как условия для производства последующих РИД, необходимых, в свою очередь, для совершенствования технологий и производства новых продуктов, возможно возникновение проблемы избыточной защиты прав на исходный РИД, так же как и проблемы отсутствия достаточного разнообразия инструментов передачи прав на исходный РИД. Данный блок вопросов тесно связан с различными траекториями создания и использования множества РИД, по-разному связанных друг с другом во времени.

7. РИД может быть использован для производства обычного товара только “в комплекте” с другими РИД для производства обычных товаров. Данный вариант широко распространен в сфере производства технически сложных товаров, где требуется одновременно иметь права на использование РИД, закрепленных в нескольких

сотнях патентов. В отличие от пункта 6 ключевой момент в данном случае – взаимодополняемость по производству того или иного товара. Причем сама по себе она может быть нестройной в том смысле, что, например, для сложного технического устройства необходимы сопряжение двух типов решений, но каждое из них в свою очередь способно иметь разные варианты. Так, можно выбирать из двух видов стандартов для производства некоторого товара, которое в свою очередь все равно требует использование других РИД.

8. Дифференциация режимов защиты РИД. Данный вариант отражает множество ситуаций, когда условием производства одного товара становится другой товар (товары), реализуемый на рынках вверх по технологической цепочке, а также различные варианты соотношений технологического уровня, связанного с использованием РИД (в первую очередь – патенты) для фирм-конкурентов. В первой группе случаев каждый из товаров на соответствующих рынках может производиться с использованием результатов РИД. Соответственно, один из практических вопросов, возникающих в связи с этим: равнозначны ли с точки зрения общественного благосостояния и темпов экономического роста степени защиты патента? Следует отметить, что существуют исследования, показывающие, что существуют основания в пользу дифференцированного режима защиты: чем выше порядок рынка, чем дальше от конечного потребления, тем сильнее должна быть защита, и наоборот [Goh, Olivier, 2002]. Во второй группе случаев речь идет о технологических разрывах между фирмами-конкурентами. Согласно данному подходу, на одном и том же рынке действуют компании-лидеры и компании-последователи. И существует несколько вариантов выстраивания режимов защиты прав на РИД. Один из них универсальный, а другой – дифференцированный. Есть свидетельства в пользу того, что более жесткая защита прав на РИД для компаний-лидеров с общественной точки зрения предпочтительнее, чем универсальное ослабление защиты прав для всех компаний, в первую очередь благодаря так называемому эффекту просачивания стимулов для ближайших преследователей, для которых перспектива получить дополнительную защиту прав на РИД может стать аргументом для увеличения инвестиций [Acemoglu, Acigit, 2012].

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

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

* * *

Дискуссия, идущая “вслепую” по вопросам РИД и антитраста, как показывает практика последних двух лет, вполне возможна. Более того, она может быть объяснена вполне рационально тем, что, во-первых, временной горизонт узок для стейкхолдеров; во-вторых, необходимые результаты позитивных (в первую очередь, экономических)

исследований по вопросам создания РИД и их влияния на конкуренцию отсутствуют; в-третьих, нет стимулов повышать степень информированности в выборе приоритетов (возможно, по причине маргинальности *de facto* предмета в оценках повестки дня). Таким образом, всегда можно обеспечить: 1) предложения по выстраиванию политики на основе правдоподобной (но никак не проверенной) аргументации; 2) обеспечить запретительные издержки в оценках оснований для принятия решений в рамках оценки действий *ex post*...

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

Для ответа на вопрос о необходимости изменения подхода к решению вопроса о соотношении антимонопольных запретов и защиты прав на РИД в российском законодательстве важно ответить на ряд подвопросов:

– какие альтернативы в сфере защиты прав на РИД и каким образом имеет смысл рассматривать, а также с чем фактически сравнивается текущее положение вещей в сфере российского антитраста, защиты прав на РИД как основа для нормативных выводов и решений;

– в каком состоянии находятся (а) российский антитраст – как с точки зрения содержания норм, так и практики их применения относительно европейского и американского антитраста, (б) защита прав на результаты интеллектуальной деятельности в России как с точки зрения набора и действенности инструментов защиты, так и с учетом особенностей различных видов РИД;

– каким образом решен вопрос о сбалансированности инструментов защитной и активной конкурентной политики и, если необходимо иное решение, достижимо ли оно в сложившихся условиях.

Наконец, принципиальное значение имеет понимание того, каковы характеристики предметного поля – защиты РИД и антитраста в России и в чем отличие его от тех образцов, которые рассматриваются как источники импорта норм.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Авдашева С.Б., Шаститко А.Е. Международный антитраст: потребности, ограничения и уроки для Таможенного союза // Вопросы экономики. 2012. № 9.

Авдашева С.Б., Шаститко А.Е. Экономический анализ в делах о нарушении закона “О защите конкуренции” // Вопросы экономики. 2011. № 2.

Авдашева С.Б., Шаститко А.Е., Дубиничева Н.В. Стандарты экономического анализа в делах о нарушении антимонопольного законодательства в России. М., 2011.

Использование оценок регулирующего воздействия для совершенствования корпоративного законодательства. М., 2006.

Курдин А.А., Комкова А.А. Особенности антимонопольной политики в сфере объектов интеллектуальной собственности на примере США и ЕС // Лаборатория проблем конкуренции и конкурентной политики. Бюллетень конкурентной политики. 2012. Вып. № 9. Октябрь.

Тироль Ж. Рынки и рыночная власть: теория организации промышленности. В 2 т. Т. II. СПб., 2000.

Уильямсон О. Сравнение альтернативных подходов к анализу экономической организации // Уроки организации бизнеса. СПб., 1994.

Уильямсон О. Экономические институты капитализма. Фирмы, рынки, отношенческая контрактация. СПб., 1996.

Шаститко А.Е. Быть или не быть антитрасту в России? // Экономическая политика. 2012^a. № 3.

Шаститко А.Е. Новая институциональная экономическая теория. М., 2010.

Шаститко А.Е. Отменить нельзя развивать // Общественные науки и современность. 2012^b. № 5.

Шаститко А.Е. Экономическая теория организаций. М., 2007.

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

Agrast M.D., Botero J.C., Ponce A. WJP Rule of Law Index. Washington, 2010.

Acemoglu D., Akcigit U. Intellectual Property Rights Policy, Competition and Innovation // Journal of the European Economic Association. 2012. Vol. 10. № 1.

Arrow K. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions // The Rate and Direction of Inventive Activity. Princeton, 2012.

Avdasheva S., Shastitko A. Rules on Retailer-Supplier Relationships in the Competition Policy of the Russian Federation: How and Why Misunderstanding Economics Threatens the Competitiveness of the Sector // CPI Antitrust Chronicle. July. 2012. № 2.

Chang H.F. Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation // RAND Journal of Economics. 1995. Vol. 26. Issue 1.

Goh A.-T., Olivier J. Optimal Patent Protection in a Two-Sector Economy // International Economic Review. 2002. Vol. 43. Issue 4.

Shastitko A. Collective Dominance Through the Lens of Comparative Antitrust // Antitrust Chronicle. Summer 2011. Vol. 8. № 2 (<https://www.competitionpolicyinternational.com/collective-dominance-through-the-lens-of-comparative-antitrust/>).

Shastitko A., Kurdin A. Intellectual Property Rights Protection Versus Antitrust: Tug of War? // CPI Antitrust Chronicle. 2011. Vol. 12. № 1.

World Economic Forum. The Global Competitiveness Report 2012–2013. 2012.