

Российские «интеллектуальные иммунитеты» в условиях Евразийского экономического союза

Е. А. Кузнецова,
М. Ю. Кот,
Юридическая фирма
«Инфралекс»,
г. Москва

Аннотация

Проблема отмены «интеллектуальных иммунитетов» многие годы сохраняет актуальность. По мнению ФАС России, отсутствие возможности антимонопольного контроля действий по распоряжению исключительными правами делает российский рынок уязвимым перед иностранными правообладателями. В действительности регулятор вправе применять антимонопольные запреты в отношении исключительных прав. Это полномочие прямо следует из международного договора России о Евразийском экономическом союзе, который, однако, сохраняет «интеллектуальные иммунитеты» для иностранных правообладателей. Поэтому исключение указанных изъятий из закона является необходимым шагом совершенствования антимонопольного регулирования, которое должно сопровождаться системными изменениями антимонопольного законодательства, в первую очередь расширением инструментария оценки состояния конкуренции в сферах интеллектуальной собственности и проведением границ антимонопольного контроля, сохраняющих предоставленный правообладателю круг правомочий.

Ключевые слова: *исключительные права, антимонопольные органы, ФАС России, интеллектуальные иммунитеты, антимонопольное законодательство, общие правила конкуренции, Договор о ЕАЭС.*

Russian intellectual immunities under the Eurasian Economic Union

E. A. Kuznetsova,
M. Yu. Kot,
Infralex law firm,
Moscow

Annotation

The problem of the abolishment of “intellectual immunities” has remained relevant for many years. According to Russia’s Federal Antimonopoly Service, the lack of antitrust control over the disposal of exclusive rights makes the Russian market vulnerable before foreign holders of intellectual rights. In fact, the regulator is entitled to impose antitrust restrictions on exclusive rights. This power is expressly stipulated by the Treaty on the Eurasian Economic Union, which still provides for “intellectual immunities” for foreign holders of intellectual rights. Therefore, the removal of these immunities from the law is a prerequisite for improvement of the antitrust regulation, which must be followed by systemic modification of the antitrust laws, in the first place, by expansion of competition assessment techniques in the field of intellectual property and by setting boundaries in respect of antitrust control, preserving the powers conferred on holders of intellectual rights.

Keywords: *exclusive rights, antitrust authorities, FAS Russia, intellectual immunities, antitrust laws, general competition rules, Treaty on the Eurasian Economic Union.*

Введение

Проблемы отмены «интеллектуальных иммунитетов» в сфере антимонопольного регулирования длительное время находятся в центре внимания не только правоприменителей, но и научного сообщества [1, с. 50–60; 2, с. 22–25; 3, с. 36–39; 4, с. 72–112; 5, с. 18–34]. Уже более семи лет антимонопольный орган России (Федеральная антимонопольная служба) инициирует принятие закона об отмене «интеллектуальных иммунитетов». Под «интеллектуальными иммунитетами» принято понимать исключения¹ из запретов злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений, которые применяются к действиям и соглашениям правообладателей по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (далее — РИД). Данные исключения применяются в отношении всех хозяйствующих субъектов вне зависимости от государства их регистрации (Российская Федерация или иностранное государство).

В условиях активно развивающейся цифровой экономики и роста числа цифровых рынков инициативу ФАС России об отмене «интеллектуальных иммунитетов» связывают с необходимостью защиты российских компаний от антиконкурентных действий транснациональных корпораций (Google, Apple, Microsoft)², которым принадлежит программное обеспечение, в том числе операционные системы. По заявлениям регулятора, положения ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о конкуренции) являются главным и единственным ограничением его возможности воздействовать на участников так называемых цифровых рынков.

В обоснование отмены «интеллектуальных иммунитетов» ФАС России указывает, что «на практике товар, произведенный на предприятии без использования интеллектуальных прав, подвергается антимонопольным ограничениям, а товар, произведенный на предприятии на основе патента (интеллектуальная составляющая), может реализовываться без учета антимонопольных требований. В итоге собственник товара, произведенного с использованием исключительных прав, получает необоснованные преимущества и в нарушение положений ст. 34 Конституции Российской Федерации мо-

жет монополизировать товарный рынок». По мнению регулятора, предлагаемые изменения позволят применять антимонопольное законодательство на «недискриминационной» основе к собственникам, обладающим «материальными» производственными средствами, и правообладателям исключительных прав³. Хотя предлагаемые законодательные изменения ФАС России мотивирует необходимостью регулирования цифровых рынков, в случае отмены «интеллектуальных иммунитетов» положения ст. 10 и 11 Закона о конкуренции будут применяться к действиям и соглашениям по осуществлению исключительных прав в отношении любых товаров, а не только цифровых продуктов⁴.

Проблема отмены «интеллектуальных иммунитетов» неоднократно являлась темой выступлений и научных публикаций, предметом жарких дискуссий между представителями антимонопольного ведомства и бизнес-сообщества. В данной статье авторы предлагают посмотреть на проблему под новым углом и разобраться в вопросе о том, действительно ли в действующем правовом поле ФАС России не может применять запреты злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений к действиям и соглашениям по распоряжению исключительными правами.

Правовое регулирование в условиях ЕАЭС

С 1 января 2015 г. Россия является участницей Договора о Евразийском экономическом союзе (далее соответственно — Договор; ЕАЭС)⁵. Договором создано экономико-правовое пространство, включающее территории Республики Армения, Республики Беларусь, Республики Казахстан, Российской Федерации и Кыргызской Республики (далее — государства-члены), на котором функционируют сходные и однотипные механизмы регулирования экономики, основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных и унифицированных правовых норм⁶.

³ Там же.

⁴ См.: Проект нормативного правового акта «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”». URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=74529> (Дата обращения: 10.07.2019).

⁵ См.: Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в г. Астане 29.05.2014 (ред. от 15.03.2018).

⁶ См.: Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в г. Астане 29.05.2014 (ред. от 15.03.2018), Договор о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. (подписан в г. Минске 10.10.2014) (ред. от 11.04.2017), Договор о присоединении Кыргызской Республики к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. Подписан в г. Москве 23.12.2014 (ред. от 14.05.2018).

¹ См. ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

² См.: Сводный отчет о проведении оценки регулирующего воздействия проекта акта с высокой степенью регулирующего воздействия в отношении проекта нормативного правового акта «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”». URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=74529> (Дата обращения: 10.07.2019).

В пункте 2 ст. 90 Договора, посвященного правовому режиму РИД, установлено, что государства-члены могут предусматривать в своем законодательстве нормы, которые обеспечивают больший уровень охраны и защиты прав на РИД, чем это предусматривается в международных правовых актах, применимых к государствам-членам, а также в международных договорах и актах, составляющих право ЕАЭС.

В статье 76 Договора установлены общие правила конкуренции, в том числе запреты злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений, которые применяются к хозяйствующим субъектам — резидентам государств-членов. Исчерпывающий перечень изъятий из установленных ст. 76 Договора запретов содержится в пп. 5 и 6 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (являющегося приложением № 19 к Договору). Договор не содержит оговорок о неприменении запретов ст. 76 к действиям по осуществлению исключительных прав. Согласно Договору, запрет антиконкурентных соглашений не может быть применен только к договорам коммерческой концессии (франчайзинга)⁷.

Пунктом 3 ст. 74 Договора предусмотрено право государств-членов устанавливать в своем законодательстве дополнительные запреты, а также дополнительные требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных ст. 76 Договора. В целях определения свободы усмотрения национального законодателя Большая коллегия Суда Евразийского экономического союза (далее — Суд) пришла к выводу, что данное право наделяет государства-члены компетенцией устанавливать нормы-запреты, а не нормы-дозволения⁸.

Согласно позиции, сформированной Судом, общие правила конкуренции обладают прямым действием и должны непосредственно применяться государствами-членами как нормы, закрепленные в международном договоре. В свою очередь, национальное законодательство может содержать дополнительные требования, ограничения и запреты по отношению к установленным общим подходам⁹.

Также Суд указал, что по вопросам, переданным на наднациональный уровень регулирования, государства-члены обязаны воздерживаться от принятия

национальных правовых актов, противоречащих нормам права Союза¹⁰. При этом любые действия уполномоченных органов государств-членов в сфере конкуренции, в том числе по принятию национальных нормативных правовых актов, должны быть совместимы с правом Союза, а противоречия между положениями права Союза и национальными нормами в сфере конкуренции разрешаются с учетом приоритета права Союза¹¹. Данный вывод Суда корреспондирует положениям Конституции Российской Федерации¹², которыми установлено, что международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, и если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

По мнению авторов, с учетом однозначного вывода Суда о правах национального законодателя в сфере антимонопольного регулирования положения ст. 90 Договора не могут рассматриваться как дозволение вводить ограничения в действие антимонопольных правил в качестве меры охраны (защиты) прав на РИД.

Положения ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Закона о конкуренции являются по своей сути нормами-дозволениями, которые исключают применение антимонопольных запретов к отдельным действиям и соглашениям. С учетом того, что Договор не содержит положений, позволяющих государствам-членам установить в национальном законодательстве дополнительные исключения из общих правил конкуренции о запретах злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений, возможно сделать вывод о том, что положения Закона о конкуренции об «интеллектуальных иммунитетах» не соответствуют международному договору.

Важно учитывать, что Договор не содержит антимонопольных правил в отношении хозяйствующих субъектов третьих стран, т.е. зарегистрированных за пределами ЕАЭС. О данной проблеме заявляют в Евразийской экономической комиссии, «наднациональном» антимонопольном органе, уполномоченном государствами-членами на осуществление контроля за соблюдением

⁷ См. подп. 1 п. 6 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору).

⁸ См. п. 3 раздела IV Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2017 № СЕ-2-1/1-17-БК «О разъяснении положений статей 74, 75, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014».

⁹ См. п. 2 раздела IV Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2017 № СЕ-2-1/1-17-БК «О разъяснении положений статей 74, 75, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014».

¹⁰ См. п. 5 Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 10.07.2018 «По заявлению Республики Беларусь о разъяснении положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014».

¹¹ Пункт 1 раздела III Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 18.06.2019 № СЕ-2-1/2-19-БК «По заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» о разъяснении положений статей 74, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 и пунктов 2 и 5 Критериев отнесения рынка к трансграничному, утв. Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 № 29».

¹² См. ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации.

общих правил конкуренции на трансграничных рынках. В частности, проблему невозможности применения общих правил конкуренции к действиям иностранных компаний, зарегистрированных за пределами ЕАЭС, выступая на международном совещании — круглом столе по конкуренции и антимонопольному регулированию, поднял Серик Жумангарин — член Коллегии (министр) по конкуренции и антимонопольному регулированию Евразийской экономической комиссии [6].

Таким образом, положения Закона о конкуренции об «интеллектуальных иммунитетах» не соответствуют международному договору только в части регулирования отношений, в которых участвуют российские хозяйствующие субъекты и резиденты других государств-членов.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что российские «интеллектуальные иммунитеты» в отношении хозяйствующих субъектов государств-членов не подлежат применению с момента учреждения ЕАЭС, то есть с 1 января 2015 г., а ФАС России уже более четырех лет имеет правовые основания применять запреты ст. 10 и 11 Закона о конкуренции к их действиям и соглашениям (за исключением договоров франчайзинга¹³) в полном объеме.

То есть в действительности «интеллектуальные иммунитеты» существуют только в отношении иностранных хозяйствующих субъектов, в том числе транснациональных корпораций, регуляторный контроль над действиями которых ФАС России и планирует получить путем исключения из Закона о конкуренции ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11. Поэтому заявленная ведомством цель изменений — защита российского рынка от антиконкурентных действий иностранных компаний — представляется справедливой и обоснованной.

Проблемы правоприменения

По словам заместителя руководителя ФАС России С. А. Пузыревского, изъятие иммунитетов для интеллектуальной собственности из антимонопольного законодательства позволит восстановить нарушенный действующим законодательством баланс между защитой прав интеллектуальной собственности и защитой конкуренции как конституционно значимыми ценностями [5, с. 19].

При этом, по мнению авторов, существует куда более значимая проблема дисбаланса правового регулирования. Так, если тема о равновесии прав собственников, обладающих «материальными» производственными средствами, и правообладателей исключительных прав

является дискуссионной, то существующее в настоящее время дискриминационное правовое регулирование в отношении отечественных и иностранных компаний очевидно. Усугубляет данную проблему отсутствие эффективных инструментов анализа рынков исключительных прав, а также отсутствие взаимосвязи норм антимонопольного законодательства с нормами других нормативных правовых актов.

Определение положения правообладателя на рынке

В Определении от 22.04.2004 № 171-О Конституционный Суд Российской Федерации указал, что исключительное право является легальной монополией правообладателя в отношении принадлежащего ему объекта интеллектуальных прав¹⁴. Возможно предположить, что антимонопольный орган будет исходить из того, что исключительное право гарантирует его правообладателю наличие доминирующего положения в сфере соответствующего РИД.

При этом признание факта доминирования, исходя только из наличия у хозяйствующего субъекта исключительных прав на РИД, необоснованно и будет противоречить Закону о конкуренции. Согласно действующим антимонопольным правилам для установления доминирующего положения ФАС России обязана провести анализ товарного рынка, в том числе определить его продуктовые и географические границы, а также оценить рыночную силу соответствующего хозяйствующего субъекта¹⁵. Существует класс объектов, в отношении которых разделение РИД и связанных с ними прав, с одной стороны, и товара, произведенного с помощью РИД, — с другой, сложно, а в некоторых случаях в принципе невозможно. Примером таких товаров являются программное обеспечение, программы ЭВМ, базы данных и т. д. Необходимо констатировать, что действующие правила анализа товарных рынков не учитывают подобные особенности, а имеющийся у антимонопольного органа инструментарий недостаточен для полной и объективной оценки состояния конкуренции на рынках исключительных прав на РИД.

¹³ Данное исключение предусмотрено также ч. 1 ст. 12 Закона о конкуренции.

¹⁴ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 22.04.2004 № 71-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб общества с ограниченной ответственностью «К-2» и гражданки Бузулуцкой Виктории Викторовны на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 4 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»».

¹⁵ См.: Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 (ред. от 20.07.2016) «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке». Зарегистрирован в Минюсте России 02.08.2010 № 18026.

Оценка действий и соглашений правообладателей

Исходя из специфики института исключительных прав базовым активом являются исключительные права на РИД, а основным механизмом взаимодействия правообладателей и приобретателей прав на РИД является лицензионный договор.

Поэтому неизбежным последствием применения зачетов ст. 10 Закона о конкуренции к действиям «легальных монополистов» может быть антимонопольная оценка таких практик, как отказ в заключении лицензионного договора с некоторыми покупателями в отсутствие экономических и (или) технологических причин; установление монопольно высокой цены на предоставление права использовать товарный знак правообладателя; установление различных сумм вознаграждения за использование РИД при прочих равных условиях; предоставление права на использование РИД в совокупности с другими объектами (например, «пакетное» лицензирование) и другие.

Также соглашения правообладателей смогут быть проверены на предмет наличия в них таких ограничивающих конкуренцию положений, как¹⁶ установление цены перепродажи РИД (в случае, если правообладатель предоставит приобретателю право заключать сублицензионные договоры), предоставление права на один РИД с условием приобретения права на другой (что является обычной практикой т.н. «связывающих» соглашений, «пакетных» лицензионных договоров), и других положений, реализация которых приведет или может привести к последствиям, определенным в п. 17 ст. 4 Закона о конкуренции.

Вместе с тем запреты на картель¹⁷, а также на «вертикальные» соглашения, содержащие требования не продавать товары конкурента¹⁸, к соглашениям правообладателей применены быть не могут, так как «легальная монополия» правообладателей исключает наличие у них конкурентов.

Таким образом, под пристальным контролем ФАС России в первую очередь оказываются различные ограничительные условия лицензионных договоров, а исходя из содержания запретов монополистической деятельности антимонопольный орган сможет применять противоречащий правовой природе исключительных прав принцип «если лицензия выдана одному, то должна быть предоставлена и другому». ФАС России уже предпринимает подобные попытки, и примером тому является дело № 1-10-74/00-18-18 о нарушении антимоно-

польного законодательства, возбужденное в отношении Федерального государственного бюджетного научного учреждения «Федеральный институт педагогических измерений». Ведомство посчитало дискриминационным отказ учреждения от заключения лицензионных договоров о предоставлении права использования товарного знака со всеми обратившимися к нему издательствами [7].

Выводы

1. Существующая модель исключительного права в российском законодательстве предполагает предоставление правообладателю максимально широкого круга правомочий. Безусловное «вмешательство» антимонопольного законодательства в сферу интеллектуальной собственности, по нашему мнению, будет противоречить основам ее охраны, установленным Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ), и может привести к существенному обесцениванию исключительных прав. В свою очередь, это снизит стимулы к коммерциализации инноваций посредством лицензионных договоров и тем самым ухудшит эффективность всех сфер обращения РИД.

2. В отсутствие каких-либо четких границ применения мер антимонопольного регулирования антимонопольный орган имеет неограниченные полномочия по контролю действий и соглашений правообладателей. При этом с учетом действующего нормативного правового регулирования под ударом оказываются российские компании.

С учетом изложенного представляется, что вопрос о применении ст. 10 и 11 Закона о конкуренции к действиям и соглашениям по осуществлению исключительных прав на РИД должен рассматриваться только с учетом норм гражданского законодательства. При этом должна быть исключена возможность применения антимонопольных запретов к условиям, которые прямо предусмотрены в ГК РФ в качестве необходимых и (или) возможных к включению в соответствующий договор. Существующий пробел в нормативном регулировании может быть восполнен разъяснениями Президиума ФАС России, которые должны стать первым шагом к урегулированию вопроса о пределах антимонопольного контроля в сфере исключительных прав.

3. Следующим важным шагом должны стать системные изменения действующего антимонопольного законодательства (в том числе нормативных правовых актов самого ведомства), направленные на устранение существующего дисбаланса между правами отечественных и иностранных правообладателей в сфере антимонопольного регулирования, а также внедрение современных правил и инструментов анализа товарных рынков, учитывающих особенности РИД.

4. Результатом поступательного урегулирования вопроса антимонопольного контроля в сфере

¹⁶ См. п. 1 ч. 2, ч. 4 ст. 11 Закона о конкуренции.

¹⁷ См. ч. 1 ст. 11 Закона о конкуренции.

¹⁸ См. п. 2 ч. 2 ст. 11 Закона о конкуренции.

Российские «интеллектуальные иммунитеты» в условиях Евразийского экономического союза

исключительных прав, с одной стороны, станет снижение рисков необоснованного вмешательства в экономическую деятельность правообладателей и соблюдение баланса прав всех участников гражданского оборота, а с другой — рост доверия к ФАС России. ■

Литература

1. Павлова Е., Калятин В., Суспицына М. Гражданско-правовое и антимонопольное регулирование исключительных прав: инструмент на выбор? // Конкуренция и право. 2013. № 4. С. 50—60.
2. Петрова А. С. Особенности антимонопольного регулирования отношений в сфере интеллектуальных прав // Конкурентное право. 2016. № 2. С. 22—25.
3. Акифьева А. Отмена «антимонопольных иммунитетов» для интеллектуальной собственности: за и против // Конкуренция и право. 2016. № 4. С. 36—39.
4. Ворожевич А. С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 1. С. 72—112.
5. Пузыревский С., Гаджиев Г., Калятин В. и др. Антитраст в сфере интеллектуальной собственности: в поисках разумного баланса // Закон. 2018. № 2. С. 18—34.
6. В ЕАЭС обозначили главные направления развития конкуренции // www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/19-06-2019-4.aspx. Дата обращения: 10.07.2019.
7. ФАС России выдала предупреждение Федеральному институту педагогических измерений. 02.02.2018 // <https://fas.gov.ru/news/23724>. Дата обращения: 10.07.2019.

Сведения об авторах

Кузнецова Елена Анатольевна: руководитель практики антимонопольного права юридической фирмы «Инфралекс»

Контактная информация

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., д. 8, стр. 1, Башня Город Столиц
Тел.: +7 (495) 653-82-99
E-mail: elena.kuznetsova@infralex.ru

Кот Мария Юрьевна: старший юрист практики антимонопольного права юридической фирмы «Инфралекс»

Контактная информация

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., д. 8, стр. 1, Башня Город Столиц
Тел.: +7 (495) 653-82-99
E-mail: maria.kot@infralex.ru