*Приложение № 2*

**Предложения по совершенствованию антимонопольной политики в части обеспечения сбалансированности с политикой в области защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности.**

Антимонопольное законодательство (АМЗ) и законодательство по защите прав интеллектуальной собственности (ЗПИС) преследуют одинаковые цели (общественное благосостояние, обеспечение динамической эффективности, поддержка интенсивного научного и технологического развития). Вместе с тем они предполагают использование разных методов, которые могут друг с другом «конфликтовать». Это обстоятельство является основанием для возможной «коллизии» между АМЗ и ЗПИС, что создает необходимость поиска баланса.

АМЗ, направленное на защиту конкуренции (в первую очередь закон «О защите конкуренции»), основано на множестве исключений из принципа свободы договора. В свою очередь свобода договора, распространяющаяся на вопросы передачи прав на результаты интеллектуальной деятельности (РИД), наряду с принципом защищенности прав на РИД (основные нормы концентрируются в части IV ГК РФ), - необходимое условие существования стимулов к СОЗДАНИЮ РИД. Стимулы к созданию РИД неэквивалентны стимулам доступа (обеспечения) доступа к РИД, что также предполагает решение комплекса вопросов по обеспечению сбалансированности стимулов создателей (новых) РИД и стимулов и возможностей тех субъектов, которые желают получить доступ к уже существующим РИД в том числе для производство продуктов, некоторые из которых могут быть жизненно важными для конечных потребителей (как, например, в случае с некоторыми медицинскими препаратами).

Россия, скорее всего, является нетто-импортером РИД (хотя эту гипотезу необходимо тестировать). И с этой точки зрения, кажется, что в целом было бы правильно действовать в направлении ослабления режима защиты РИД в том числе методами установления антимонопольных запретов. Однако даже если упомянутая гипотеза получит подтверждение, необходимо учитывать два НО:

1. Не для всех видов РИД ситуация (в плане определения России как нетто-импортера) одинакова как в статике (текущее положение вещей), так и в динамике(тренд), и с этой точки зрения необходимо оценить возможности дифференцированного подхода к корректировке режима защиты прав на РИД.

2. Тотальное ослабление режима защиты может привести к тому, что (а) Россия никогда не станет мировым центром по созданию новых РИД, (б) иностранные инвесторы и правообладатели станут Россию либо обходить стороной, либо закладывать в свои проекты существенно более высокие риски в части гарантий прав на РИД.

В настоящее время для объектов РИД предусмотрены исключения из антимонопольных запретов в ч.4 ст.10 и ч.9 ст. 11 закона «О защите конкуренции». В то же время на повестку дня вновь вынесен вопрос о снятии указанных исключений, но теперь уже с внесением изменения в ст.4, в части, касающейся определения товара, которое не должно распространяться на РИД и ст. 3, распространяющей антимонопольные запреты на РИД. Для обсуждения вопроса о судьбе этих исключений важно принять во внимание следующие обстоятельства.

1. Необходимость оставить/внести/устранить упомянутые исключения обсуждается на площадке ФАС России – НП «Содействие развитию конкуренции» уже около трех лет.

2. В настоящее время разрабатывается долгосрочная стратегия Российской Федерации по защите интеллектуальной собственности.

3. ФАС России готовит собственную стратегию, одним из пунктов которой является разработка вопросов антимонопольной политики применительно к отношениям, затрагивающим права на РИД.

4. В последние 10-15 лет в мире прошло несколько громких процессов (в том числе в рамках патентных гонок), в которых в центре внимания были проблемы использования/доступа к РИД.

5. В юрисдикциях с развитой инфраструктурой защиты прав на РИД и применения антимонопольных запретов (в первую очередь США и ЕС) широко применяются методы оценок регулирующего воздействия (ОРВ) в части оценки необходимости и направления модернизации норм антимонопольного законодательства.

Одобрение подхода, предложенного в нынешней версии проекта закона «О защите конкуренции» - корректировка ст. 3 в части распространения сферы применения закона на отношения, связанные с объектами исключительных прав, если соглашения, связанные с их использованием, направлены на недопущение, ограничение или устранение конкуренции; ст.4 в части определения товара, а также снятие исключений из статей 10 и 11, основанное на идее, что наличие таких исключений не позволяет воспрепятствовать методами антимонопольного контроля действиям субъектов, которые злоупотребляют своим доминирующим положением или вступают в ограничивающие конкуренцию соглашения, может привести к обратным эффектам (недостижению целей АМЗ и ЗПИС), нарушив баланс стимулов, связанных с созданием и доступом к РИД, но теперь уже в другую сторону.

Все предшествующие обсуждения по большому счету строились на апелляции к соответствующим нормам закона «О защите конкуренции» и ГК РФ, а так же пусть значимым, но отдельным примерам, репрезентативность которых никто и никогда не проверял.

В этой связи в дальнейшем обсуждении вопросов применения антимонопольных запретов к сфере отношений с использованием РИД, предлагается придерживаться следующих принципов:

1. Оценить состояние предметного поля создания, защиты и обеспечения доступа к РИД именно для России, что предполагает оценку режима использования и создания видов РИД (на основе перечня из ст. 1225 ГК РФ) в отдельных отраслях для формирования более полной картины, необходимой для:

(а) оценки масштабов/структуры проблемы,

(б) затрагиваемых групп интересов,

(в) выявления вариантов решения,

(г) выбора наилучшего из выявленных вариантов,

(д) создания действенного механизма мониторинга результативности реализации выбранного варианта (элемент механизма обратной связи).

2. Составить типологию проблем, связанных с ограничением конкуренции в связи с созданием и использованием РИД. Рассматривать отдельные примеры или классы ситуаций по видам РИД и отраслям в свете типов проблем, связанных с ограничением конкуренции. С этой целью можно использовать обобщенное представление о проблемах ограничения конкуренции в связи с использованием прав на РИД в США и ЕС, где рассматриваются такие блоки вопросов как возможность картелирования через РИД, эксклюзивности договоров, отказа от заключения договора или препятствования выхода на рынок, а также установления отраслевых стандартов.

3. Описание конкретной ситуации или их набора (как, например, в случае с топологией интегральных микросхем, железобетонными плитами, доступом к цифровому контенту) является основанием для выводов относительно наличия/отсутствия проблем и возможного их содержания в связи с исключениями из антимонопольных запретов, но не основанием для выводов о (1) масштабе проблемы, (2) исчерпывающем объяснении сути проблемы (см. предыдущий пункт).

4. Исходить из принципа нецелесообразности увеличения количества запретов и сложности правовых норм, если какие-то проблемы в части ограничений конкуренции могут быть урегулированы на основе применения уже существующих норм (например, в рамках норм, устанавливающих рамки допустимости вертикальных соглашений).