



## **СОВЕТ ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**ПО КОДИФИКАЦИИ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

103132, Москва, ул. Ильинка, д. 8, стр. 2

Телефон: 606-36-39, факс: 606-36-57

**Принято на заседании Совета  
23 декабря 2013 г.  
№ 125-1/2013**

### **ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

**по проекту поправок Правительства Российской Федерации к проекту  
федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений  
в Федеральный закон «О защите конкуренции»**

Проект поправок Правительства Российской Федерации к проекту федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее – Проект), направлен на экспертизу в Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет) Федеральной антимонопольной службой (письмо от 13 ноября 2013 г. № ИА/45042-ПР/13).

Данный Проект поступил в Совет повторно. Первоначально он был рассмотрен Советом по просьбе Общественной палаты Российской Федерации (письмо от 11 октября 2013 г. № 4ОП-3/1770) только в части, касающейся распространения норм Федерального закона «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) на действия по осуществлению исключительных прав, а также на соглашения о распоряжении правами на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. В результате рассмотрения Совет дал на проект отрицательное заключение, поскольку в нем была предложена

некорректная модель регулирования, противоречащая действующему гражданскому законодательству.

В своем письме ФАС России просил Совет поддержать Проект изменений в Закон о защите конкуренции в части, касающейся распространения его норм на действия по осуществлению исключительных прав и на соглашения о распоряжении правами на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, поскольку Проект доработан с учетом замечаний Совета.

Ряд замечаний, содержащихся в заключении Совета, действительно был учтен. В частности, из Проекта исключено определение товара (ст. 4), вступавшее в противоречие со статьей 129 ГК РФ, использованы более гибкие формулировки в части 4 статьи 10 и части 9 статьи 11 Закона о защите конкуренции, а также предприняты некоторые другие меры, направленные на установление неких пределов вмешательства антимонопольных органов в вопросы использования результатов интеллектуальной деятельности. Вместе с тем, концептуальный подход, заложенный в Проекте, остался прежним, в связи с чем внесенные в него изменения не могут гарантировать защиту интересов добросовестных правообладателей и их лицензиатов, а также исключить возникновение коллизий гражданского и антимонопольного законодательства в указанной сфере.

1. Прежде всего, осталась практически без изменений формулировка предлагаемой новой части 3 статьи 3 Закона о защите конкуренции.

Во-первых, как уже отмечалось в первом заключении Совета, выражение «соглашения, связанные с использованием исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности» является некорректным, противоречит нормам части четвертой ГК РФ, так как использование осуществляется не в отношении исключительных прав, а в отношении самих результатов интеллектуальной деятельности (и приравненных к ним средств индивидуализации). Следует говорить о

соглашениях, связанных с использованием результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, а не с использованием исключительных прав на них, либо о соглашениях, направленных на распоряжение исключительными правами (см. ст. 1229 ГК РФ)<sup>1</sup>.

Во-вторых, применение норм антимонопольного законодательства поставлено в зависимость от того, направлены ли соответствующие соглашения (действия) на «недопущение, ограничение или устранение конкуренции при обращении товаров». По-видимому, под такими соглашениями понимаются лицензионные договоры, в соответствии с которыми правообладатели предоставляют своим контрагентам-лицензиатам право использовать тот или иной результат интеллектуальной деятельности (средство индивидуализации) на определенных условиях. В результате заключения такого договора именно лицензиат осуществляет выпуск конкретного вида товаров и пускает их в оборот. При буквальном толковании формулировки части 3 статьи 3 Проекта следует, что антимонопольные органы должны осуществлять контроль за деятельностью лицензиата, участвующего в обращении товаров, а не за деятельностью правообладателя, на что обычно направлено внимание антимонопольного законодательства других стран.

В-третьих, лицензионные соглашения, как особый вид договоров, практически всегда направлены на те или иные ограничения конкуренции, так как предоставление одному лицу исключительной лицензии всегда автоматически ставит его в привилегированное отношение по сравнению с другими лицами, которые такой лицензии не имеют. Вместе с тем это ни в коей мере не может само по себе служить основанием для применения к таким договорам мер по защите конкуренции.

В письме ФАС России в качестве одного из доводов в пользу разработки данного Проекта приведена ссылка на статью 40 Соглашения по

---

<sup>1</sup> Аналогичная неточность допущена в части 2<sup>1</sup> статьи 39 Закона о защите конкуренции в редакции Проекта.

торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), предусматривающую возможность установления государствами-членами ВТО в национальном законодательстве запретов на антиконкурентные действия в сфере интеллектуальной собственности.

Следует отметить, что статья 40(2) ТРИПС устанавливает, что члены ВТО вправе определять в каждом конкретном случае те виды и условия лицензионных договоров, которые одновременно создают злоупотребление правами интеллектуальной собственности и оказывают отрицательное влияние на конкуренцию. При этом в данной статье в качестве примера приведены три случая (все из области патентных прав), которые в определенных ситуациях могут рассматриваться как злоупотребление правами интеллектуальной собственности: исключительные условия об обратной передаче лицензиатом технической информации лицензиару; условия, предотвращающие оспаривание лицензиатом действительности патента, и принудительные пакетные лицензии (содержащие невыгодные для лицензиата условия).

Таким образом, положения этой статьи указывают, что защита предоставляется именно лицензиату против возможных злоупотреблений со стороны правообладателя, но только в тех случаях, когда действия последнего оказывают отрицательное влияние на конкуренцию в целом. Осторожные формулировки данной статьи подчеркивают также, что подобные случаи должны рассматриваться в каждом конкретном случае, то есть индивидуально.

Кроме того, статья 40(2) ТРИПС устанавливает, что меры контроля и пресечения антиконкурентной практики применимы к нарушителям только в пределах, предусмотренных другими положениями ТРИПС. К таким положениям прежде всего относится статья 31 ТРИПС о принудительных лицензиях. Пункты «с» и «к» статьи 31 ТРИПС содержат упоминания об антиконкурентных процедурах, что свидетельствует о том, что выдачу принудительных лицензий, составляющую часть правового регулирования

национальных законодательств об интеллектуальной собственности, ТРИПС рассматривает как допустимую меру защиты конкуренции в данной сфере.

Простое сопоставление содержания положений ТРИПС с изменениями в статью 3 Закона о защите конкуренции показывает, что эти изменения выходят за рамки тех правил, которые установлены в ТРИПС. Но что еще более важно – они содержат неточности и противоречия с действующим гражданским законодательством, в результате чего способны привести к неверным и чрезмерно широким толкованиям.

В письме ФАС России также приводится пример «отрицательной судебной практики», якобы возникшей в результате того, что нормы Закона о защите конкуренции не распространяются на договоры об использовании результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Указанное дело (постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 28 октября 2013 г. по делу № А45-4580/2013) еще не прошло рассмотрение во всех судебных инстанциях, вследствие чего ссылаться на него преждевременно. Однако тот факт, что претензии антимонопольного органа были предъявлены к лицу, выступающему официальным дилером правообладателя и на этом основании обладающему правами на использование его товарных знаков (то есть к лицензиату), а не к самому правообладателю, свидетельствует о принципиально неверном подходе антимонопольных органов к оценке подобных договорных конструкций.

2. Изменения, внесенные в Проект в виде дополнения статьи 5 новой частью 10 и в виде изложения в другой редакции части 4 статьи 10 и части 9 статьи 11 Закона о защите конкуренции, направлены на установление неких критериев применимости положений указанных статей к субъектам, осуществляющим использование результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации. Вместе с тем, редакция этих положений оставляет много возможностей для произвольного толкования.

Так, статья 5 о доминирующем положении дополняется нормой о том, что положение хозяйствующего субъекта не может быть признано доминирующим только на основании наличия у него исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. В таком виде эта норма носит чисто декларативный характер, поскольку никак не ограничивает возможность признания положения доминирующим при наличии любых иных дополнительных обстоятельств. Например, наличие такой формулировки в законе не исключит возможности признания подобных организаций имеющими доминирующее положение, так как легко представить, что лицо, имеющее патент на некое новое химическое соединение-растворитель, и осуществляющее производство пятновыводителя на его основе, будет обладать на рынке данного товара долей свыше 50% (п. 1 ч. 1 ст. 5).

Новая редакция части 4 статьи 10 Закона о защите конкуренции предусматривает, что запрет на злоупотребление доминирующим положением должен распространяться на действия хозяйствующего субъекта по осуществлению исключительных прав, если такими действиями определяются условия обращения товара.

Новая редакция части 9 статьи 11 Закона о защите конкуренции устанавливает, что ограничивающим конкуренцию соглашением может быть признано соглашение «о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации», если этим соглашением определяются условия обращения товара.

Таким образом, в приведенном выше примере обладатель патента на пятновыводитель вполне может быть признан злоупотребляющим доминирующим положением на том основании, что создает препятствия к доступу на товарный рынок другим хозяйствующим субъектам (п. 9 ч. 1 ст. 10). А в случае заключения им лицензионных договоров эти договоры могут быть признаны соглашениями, ограничивающими конкуренцию, поскольку

они, скорее всего, будут предоставлять лицензиатам исключительную лицензию на производство и реализацию соответствующего товара на определенной территории и в определенных объемах (п. 3 ч. 1 ст. 11).

Однако возможность выбора контрагента по договору, установление пределов действия такого договора по срокам, территории, предоставляемым видам использования результата интеллектуальной деятельности (средства индивидуализации) и объемам этого использования – это присущие данному виду гражданско-правовых договоров особенности, вытекающие из специфики самих исключительных прав.

Характерно, что в письме ФАС России упоминается о том, что в Проекте сохраняется положение части 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции, признающее допустимость договоров коммерческой концессии, являющихся вертикальными соглашениями. Однако договор коммерческой концессии в части урегулирования отношений по использованию интеллектуальной собственности по своей природе – разновидность лицензионного договора, так как в его рамках предоставляется право использования соответствующих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

Необходимо также обратить внимание разработчиков на неточности, допущенные в формулировке, использованной в части 9 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Статья 1233 ГК РФ предусматривает два вида договоров о распоряжении исключительным правом: договор об отчуждении исключительного права и договор о предоставлении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (лицензионный договор). По лицензионному договору исключительное право к лицензиату не переходит (абз. 2 п. 1 ст. 1233 ГК РФ). Таким образом, неправильно говорить об «отчуждении права использования». Кроме того, договор об отчуждении исключительного права вообще нет необходимости упоминать в статье 11 Закона о защите конкуренции, так как он по своей природе не может содержать «условий

обращения товара», поскольку направлен исключительно на переход имущественного права в полном объеме от одного лица к другому (п. 1 ст. 1234 ГК РФ).

3. Еще одна группа изменений направлена на уточнение положений о тех мерах, которые могут приниматься антимонопольными органами в случаях нарушений антимонопольного законодательства действиями или соглашениями хозяйствующих субъектов, направленными на осуществление исключительных прав.

3.1. Изменяется редакция подпункта «и» пункта 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, таким образом, что антимонопольный орган выдает обязательные для исполнения предписания о заключении договоров, «за исключением договоров о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации». В письме ФАС России поясняется, что данное уточнение сделано на том основании, что в соответствии со статьей 1362 ГК РФ предоставление принудительной лицензии подлежит правовому регулированию исключительно положениями ГК РФ.

Действительно, предоставление принудительных лицензий возможно только в случаях, предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации, но это вытекает из статьи 1239 ГК РФ, содержащей общее правило, касающееся не только объектов патентных прав (как ст. 1362 ГК РФ), но и всех других видов интеллектуальной собственности. Однако формулировка предлагаемых изменений такова, что охватывает не только лицензионные договоры, но и договоры «об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации», под которыми, очевидно, понимаются договоры об отчуждении исключительных прав. Отсюда можно сделать вывод, что остальные действия, предусмотренные подпунктом «и» пункта 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, в частности, об изменении условий таких договоров или об их расторжении, могут содержаться в предписании



антимонопольного органа. Представляется, что подобные меры вообще не должны распространяться на договоры об отчуждении исключительного права, а в отношении заключенных лицензионных договоров требуется детальная регламентация случаев, когда такие меры могут приниматься.

3.2. Проектом предлагается установить трехлетний период, в течение которого дела данной категории могут возбуждаться и рассматриваться только Центральным аппаратом ФАС России. В письме ФАС России, сопровождающем Проект, указано, что в течение этого срока должно быть выработано единообразие в применении соответствующих норм, а также разработаны необходимые разъяснения, содержащие подходы к применению антимонопольного законодательства в отношении действий по осуществлению исключительных прав.

Предлагается также установить, что положения Закона о защите конкуренции не должны применяться к лицензионным договорам, заключенным ранее вступления соответствующих изменений в силу, с тем однако условием, что такие лицензионные договоры должны быть приведены в соответствие с новыми требованиями в течение одного года со дня вступления в силу изменений Закона о защите конкуренции.

Оба указанных положения содержатся в статье 2 Проекта. Из ее содержания никаким образом нельзя сделать вывод о том, что ФАС России должен в трехлетний срок разработать какие-либо подзаконные акты, направленные на разъяснение подходов к применению антимонопольного законодательства в рассматриваемой области. Однако без таких конкретных и детальных указаний абсолютно невозможно требовать от лиц, заключающих лицензионные договоры, приведения их в соответствие с требованиями Закона о защите конкуренции, поскольку, как уже отмечалось в данном заключении, любой лицензионный договор, предусматривающий предоставление права использования того или иного результата интеллектуальной деятельности на условиях исключительной лицензии, потенциально может рассматриваться как ограничивающий конкуренцию.

Все приведенные в настоящем заключении доводы свидетельствуют о том, что представленный новый вариант Проекта концептуально остался без изменений и по-прежнему предполагает применение антимонопольного законодательства для изменения установленного гражданским законодательством правового режима, что может повлечь запрет действий, прямо разрешенных гражданским законодательством. Попытка отделить обладание исключительными правами от их использования при производстве и обращении конкретных товаров, включающих охраняемые результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, сделанная в Проекте, заранее обречена на неудачу, так как такая дифференциация невозможна.

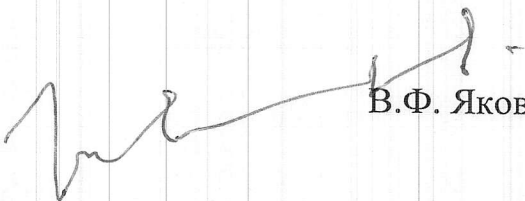
Если действительно в Российской Федерации имеется настоятельная практическая потребность в каком-либо ограничении в интересах общества (государства) осуществления исключительного права и в контроле антимонопольных органов над деятельностью лиц, осуществляющих использование результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации и заключающих соглашения о распоряжении исключительными правами на такие результаты или средства, то соответствующие ограничения должны быть совершенно точно определены и регламентированы Гражданским кодексом (как это сделано в ГК РФ в отношении принудительных лицензий и в целом ряде других случаев), а не вводиться как неопределенный предмет дискреционного усмотрения антимонопольных органов.

х х х

Вывод: проект поправок Правительства Российской Федерации к проекту федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» в части распространения его действия на отношения в сфере интеллектуальной собственности не может быть поддержан ввиду недостаточной проработки концепции предлагаемых

изменений и ее противоречия действующему гражданскому законодательству.

Председатель Совета



В.Ф. Яковлев