

ДВА АРГУМЕНТА ЗА ОГРАНИЧЕНИЕ АНТИТРЕСТА В РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В РАЗВИВАЮЩИХСЯ ЭКОНОМИКАХ

Курдин А.А., Шаститко А.Е.*

Аннотация

Сфера обращения прав интеллектуальной собственности (ИС) и связанные с ней правоотношения являются объектом стандартной антимонопольной политики в развитых странах, за исключением отдельных уточнений. Обоснованность применения такой же антимонопольной политики в развивающихся экономиках не является бесспорной.

Предмет анализа данной статьи – альтернативные опции антимонопольной политики для отношений, связанных с использованием и обращением прав ИС в развивающихся экономиках. Цель – объяснить, какие существуют препятствия для импорта институтов в развивающиеся страны при структурировании отдельно взятого набора трансакций. Для этого мы выявляем обстоятельства и формулируем аргументы в пользу ограниченного применения стандартов антимонопольной политики в сфере обращения прав ИС в развивающихся странах. Эти аргументы основаны, во-первых, на задачах структурной политики, во-вторых, на предотвращении нежелательного повышения неопределенности, влияющей на выбор механизмов управления трансакциями.

Ключевые слова: антимонопольная политика; права интеллектуальной собственности; развивающиеся экономики.

Введение

В развитых странах антимонопольное законодательство используется для сферы обращения прав интеллектуальной собственности (ИС) в целом на общих основаниях. В то же время применение антимонопольных норм

* Курдин Александр Александрович – кандидат экономических наук, старший научный сотрудник кафедры конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова; старший научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте РФ. Адрес: 119571, г. Москва, проспект Вернадского, 82, стр. 1. E-mail: aakurdin@gmail.com

Шаститко Андрей Евгеньевич – доктор экономических наук, профессор, заведующий кафедрой конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова; директор Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте РФ. Адрес: 119571, г. Москва, проспект Вернадского, 82, стр. 1. E-mail: aes99@yandex.ru

в этой сфере имеет некоторые отличия. Развивающиеся страны, перенимающие стандарты антимонопольной политики, столкнулись с проблемой: следует ли повторять подходы развитых юрисдикций (в первую очередь США и ЕС) или же искать собственный путь решения проблем в сфере отношений по поводу прав ИС на основе специальной «тонкой настройки».

С похожей проблемой столкнулась и Россия: преодоление трансформационного спада и прекращение роста цен на энергоносители поставили вопрос о новых драйверах экономического роста, которые могут быть обеспечены как дополнительными стимулами для разработки инноваций, так и улучшенными механизмами диффузии инноваций, созданных ранее. То и другое зависит от настройки стимулов и возможностей агентов, создающих и/или заимствующих инновационные решения, воплощенные обычно в объектах прав ИС.

Вопрос о корректной настройке антимонопольной политики в сфере обращения прав ИС в последние годы неоднократно поднимался как ФАС России, так и экспертами и предпринимателями. На данный момент стандартные антимонопольные запреты в России не распространяются на трансакции, связанные непосредственно с обращением прав ИС. Для этих целей в антимонопольное законодательство ранее были введены специальные иммунитеты. Более пяти лет ведется упорная дискуссия о целесообразности их отмены.

Важнейшим аспектом этой проблемы является сложность встраивания отдельных заимствованных институтов развитых стран (т.е. в данном случае антимонопольных запретов в сфере обращения прав ИС) в среду развивающихся экономик. Сложность связана как с особенностями структуры национального хозяйства, так и со спецификой непосредственно тех фрагментов институциональной среды – в данном случае норм антимонопольного законодательства и правоприменения, – куда потенциально могли бы быть встроены импортированные нормы.

Мы поставили цель объяснить, какие существуют препятствия импорта институтов в развивающиеся страны для структурирования отдельного взятого набора трансакций. Для этого мы выявляем обстоятельства и формулируем аргументы в пользу ограниченного применения стандартов антимонопольной политики в сфере обращения прав ИС в развивающихся странах. В данном случае мы не адвокируем отказ от движения к гармонизации институтов с развитыми экономиками, а обращаемся к возможности становления в данной сфере «промежуточных институтов», которые способны стать наилучшим решением из-за невозможности трансплантации всей институциональной среды в целом (Полтерович, 2016).

Соотношение между конкуренцией, инновациями и защитой прав ИС (или прав на результаты интеллектуальной деятельности, к которым приравниваются, но с которыми не отождествляются права на средства индивидуализации) подробно исследовалось многими учеными на протяжении нескольких десятилетий. Важнейшей научной проблемой в этой области является объяснение роли структуры рынка в динамике иннова-

ционного процесса. Основные подходы к решению этой проблемы были описаны в работах Шумпетера (Schumpeter, 1942) и Эрроу (Arrow, 1962), которые сформулировали ключевые аргументы относительно позитивной роли монопольной или конкурентной среды соответственно. Фактором монопольного положения может считаться защита прав ИС. Тогда возникает «дилемма патентной системы» (Nordhaus, 1969; Tirole, 1994, р. 390) как проблема выбора между сильными стимулами, обеспечивающими временной монополией на базе обладания правами ИС, и быстрой диффузией инноваций без сильной защиты прав ИС или с серьезными антимонопольными ограничениями на состав прав ИС. Не углубляясь в детали этой дискуссии, мы предлагаем обратиться к работам (Aghion, Griffith, 2005 и Etro, 2007), обобщающим основные теоретические модели и эмпирические результаты, достигнутые по этому направлению научных исследований, по итогам изучения которых представляется вполне обоснованным сбалансированный вывод Шапиро (Shapiro, 2012) о том, что на самом деле нет ярко выраженного противоречия между двумя указанными подходами и для инновационной активности необходимо сочетание состязательности и наличия ренты инноватора.

Дискуссия относительно конкуренции и защиты прав ИС ожидаемо нашла подкрепление в большом и растущем массиве судебных разбирательств. Они рассматривались исследователями преимущественно с юридической точки зрения (Pitofsky, 2001; Hovenkamp et al., 2014) или упоминались в официальных руководствах регуляторов (US DoJ and FTC, 2007). Экономисты также внесли заметный вклад в исследование и решение отдельных проблем (таких, как контроль сделок экономической концентрации в отраслях с интенсивным использованием объектов ИС (Shapiro, 2012)) и интерпретацию отдельных дел (например, широко обсуждавшееся дело Microsoft, связанное со злоупотреблением доминирующим положением (Etro, 2007; Economides, 2001)).

В то же время роль конкурентной политики в осуществлении сделок, связанных с использованием и обращением прав ИС, редко рассматривается через призму экономики развития. Некоторые работы делают акцент на роли прав ИС в экономическом росте в целом (Greenhalgh, Rogers, 2010) или в выходе развивающихся стран на траекторию догоняющего развития (Odagiri et al., 2012), но не на применении конкурентной политики в сфере ИС, которая затрагивается лишь косвенно. Однако принятие во внимание аспектов развития необходимо для формирования институтов конкурентной политики: механический импорт отдельных институтов в институциональную среду развивающихся стран не гарантирует повторения эффективности их работы, и для взаимной адаптации одного и другого реформа может потребовать последовательности преобразований, на пути которой будут формироваться «промежуточные институты» (Полтерович, 2016), сменяя друг друга.

Несмотря на многочисленные исследования по проблемам конкуренции в развивающихся странах, с одной стороны, и по проблемам защиты ИС и связанных с этим институциональных изменений в данной группе

стран, с другой стороны, существует значительный пробел в части концептуального объяснения возможностей распространения стандартных правил защиты конкуренции на множество трансакций, связанных с обращением прав ИС, в развивающихся странах. Тем не менее эти вопросы в прикладном разрезе активно обсуждаются в политических и деловых кругах данных стран, и зачастую аргументация сторон базируется именно на вопросах экономического развития.

Пересечение защиты прав ИС и антитраста: вызовы для развивающихся экономик

Эволюция конкурентной политики в сфере защиты прав ИС способна оказать влияние на экономическое развитие. Важность прав ИС для инновационной деятельности является общепризнанной, и кампании против нарушения прав ИС (по крайней мере со стороны индивидов и частных организаций) являются одним из приоритетов для государств, стремящихся к поддержанию инновационного характера экономического развития или хотя бы к широкому распространению современных технологий и знаний. Однако иногда государства сами создают препятствия для защиты прав ИС. Цель этих действий – предотвратить злоупотребления владельца прав ИС его положением на товарном рынке, которое порой может вполне быть квалифицировано как доминирующее. Иными словами, это вмешательство возникает, когда существует потребность в ограничении рыночной власти правообладателя и его возможностей для извлечения ренты.

Волна распространения в развивающихся странах антимонопольной политики, внедряемой обычно в соответствии со стандартами стран ЕС или США, непременно ставит перед исследователем вопрос: соответствуют ли эти стандарты институциональной среде стран-реципиентов? Ответы, де-факто даваемые национальными регуляторами и законодателями, неоднозначны. Одним из наиболее ярких примеров, иллюстрирующих противоречия, является вопрос о целесообразности применения стандартов конкурентной политики к сфере обращения ИС.

Между тем США и ЕС и сами применяют различные стандарты в этой сфере, что было подробно исследовано в целом ряде работ, например (Glader, 2006; Niels, Ten Kate, 2004; Lianos, Dreyfuss, 2013). Истоки этих различий можно обнаружить в различной природе правовых систем и исторических особенностях антитраста.

В то же время расхождения в правовых системах и порядке применения развивающихся и развитых стран могут быть еще более значительными. Во-первых, система защиты прав ИС в развивающихся экономиках все еще не вполне соответствует стандартам развитых стран и обладает специфическими характеристиками. Так, в России Четвертая часть Гражданского кодекса, посвященная вопросам прав ИС, была введена в действие только в 2008 г. – почти через 20 лет после начала трансформации экономической системы. Подобный поэтапный характер реформирования наблюдается и в Китае, принявшем национальные законы

о защите прав ИС лишь в конце 2000-х – начале 2010-х гг. Во-вторых, высокая вероятность ошибок как первого (ошибочное осуждение невиновного), так и второго (ошибочное оправдание виновного) рода со стороны менее опытных (в части организации сферы обращения прав ИС) антимонопольных регуляторов может привести к возникновению дополнительных барьеров для распространения инноваций, тем самым фактически снижая возможности для предотвращения/пресечения монополизма за счет появления новых игроков на рынке.

Вместе с этим существует веская причина для внедрения стандартов конкурентной политики развитых стран в развивающихся экономиках. Это необходимость привлечения прямых иностранных инвестиций (ПИИ). Высокие издержки адаптации к особым национальным правилам и высокий уровень связанной с этим неопределенности могут поднять трансакционные издержки инвесторов в целом и ограничить приток ПИИ.

Можно выделить два типа компромиссных решений для регуляторов в развивающихся экономиках, которые пытаются осуществлять защиту конкуренции в сфере обращения прав ИС, с учетом того, что механизмы принуждения в этой сфере могут быть более сложными по сравнению с обычными товарными рынками.

Во-первых, надо найти компромиссный вариант в части соотношения всеобщего доступа к существующим объектам прав ИС, с одной стороны, и сильных стимулов для творческого процесса по созданию результатов интеллектуальной деятельности, необходимых для внедрения инноваций, – с другой. Первое требует ограничить возможности правообладателя, тогда как второе ведет в противоположном направлении и требует исключить любые поведенческие ограничения, грозящие инноватору убытками. Так выглядит дилемма регулятора, являющаяся зеркальным отражением дилеммы инноватора. При этом необходимо особо выделить случай, когда инноватор не является правообладателем.

Во-вторых, нужно компромиссное решение при выборе между институциональным равновесием, определенным в предыдущем случае, и тем набором правил, которые привычны для иностранных партнеров. При этом, однако, переход в полной мере к тем нормам, которые приняты в развитых экономиках, неизбежно является лучшей опцией для иностранных инвесторов в силу вероятного отсутствия или недостатка в развивающейся стране каких-то иных компонентов институциональной среды – в части законодательства или правоприменения.

Одна из проблем для инвестора может состоять в избыточном регуляторном бремени в его стране происхождения или стране, являющейся центром его экономических интересов, – предположительно в развитой экономике. Тогда упрощенный режим антимонопольной политики в развивающейся стране на какое-то время может стать ее конкурентным преимуществом, компенсирующим иные ее специфические недостатки. В то же время, конечно, должен поддерживаться определенный баланс для предотвращения негативного влияния ограниченности антимонопольных запретов на самого иностранного инвестора в тех случаях, когда он становится

потребителем. Вторая проблема порождается особенностями применения законодательства о конкуренции в развивающихся странах, которое может также отличаться от привычного порядка для развитых юрисдикций. В частности, более строгие правила могут быть компенсированы (в некоторой степени) относительно слабым принуждением, и наоборот.

Например, в соответствии с пресс-релизом Европейской комиссии при выпуске в 2014 г. обновленной версии TTBER (Technology Transfer Block Exemption Regulations – Групповых исключений из антимонопольного законодательства для соглашений о трансфере технологий), «[лицензирование] также может быть использовано для ущемления конкуренции, например, если два конкурента в своем лицензионном соглашении разделяют рынки между собой, вместо того чтобы конкурировать». В том же документе лицензирование, с другой стороны, оправдывается: «Обновленный режим [регулирования] продолжает исходить из того, что лицензирование в большинстве случаев является проконкурентным» (European Commission, 2014).

Российский закон «О защите конкуренции» продолжает и даже усиливает это благожелательное отношение к лицензированию и устанавливает, что требования статей 10 и 11, посвященных основным антимонопольным запретам: на злоупотребление доминирующим положением и на различные антиконкурентные соглашения, – не распространяются на действия и отношения, касающиеся прав ИС. Конечно, в состав этих исключений входят и лицензионные соглашения, но не только они. Однако такой подход, очевидно, ведет к недооценке возможных антиконкурентных эффектов недобросовестного использования лицензирования, что было подчеркнуто Европейской комиссией.

Подобные позиции воспроизводятся и в китайском антимонопольном законе. Статья 55 Антимонопольного закона КНР гласит: «Этот закон не распространяется на поведение предпринимателей, реализующих свои права интеллектуальной собственности в соответствии с законами и соответствующими административными регламентами относительно прав интеллектуальной собственности; однако поведение предпринимателей, ведущее к прекращению или ограничению рыночной конкуренции за счет злоупотребления их правами интеллектуальной собственности, регулируется этим законом»¹. Таким образом, здесь возникает двоякая интерпретация нормы. С одной стороны, сделки, связанные с правами ИС, объявлены свободными от антимонопольных запретов, как это сделано и в России. С другой стороны, вводится также концепция «злоупотребления» правами ИС, что подрывает (хотя бы отчасти) эту свободу и де-факто предоставляет дополнительные правомочия регулятору.

Общие черты двух стран на этом не заканчиваются. И Китай, и Россия занимаются реформой антимонопольного законодательства для сферы обращения прав ИС. ФАС России в первой половине 2010-х гг. предлагала исключить связанные с правами ИС «безопасные гавани» из Закона «О защите конкуренции», хотя к 2016 г. эти попытки оказались безуспешными (впрочем, скорее всего, это не окончательный исход).

В то же время в Китае в августе 2015 г. в силу вступили «Положения о запрете злоупотребления правами интеллектуальной собственности в целях прекращения или ограничения конкуренции», разработанные Государственной администрацией по промышленности и торговле Китая. Этот документ запрещает антиконкурентные соглашения в части обращения прав ИС, но при этом в явном виде содержит «безопасные гавани» для этой сферы². Также новые положения проясняют, что владение правами ИС само по себе не означает рыночного доминирования, но при этом описывают целый ряд специфических оговорок законодателя относительно допустимого поведения правообладателей.

Должны ли российские или китайские законы быть скорректированы и приведены в соответствие с европейскими или американскими правилами?

Первый аргумент является довольно простым – он непосредственно связан с вопросами промышленной политики. Если национальная экономика в целом является конкурентной, то создание исключений для отдельных отраслей, предприятий или видов активов неизбежно создаст искажения в аллокации ресурсов. Однако если в национальной экономике интенсивность конкуренции недостаточна, правительство может обратиться ко «второму наилучшему» решению. Недостаток конкуренции рассматривается здесь не в качестве проблемы *per se*, а в качестве причины для необоснованных перетоков факторов производства – труда и капитала – между отраслями. Основной причиной таких перетоков становится возможность извлечения ренты. Строго говоря, рента необязательно всегда порождена целенаправленной монополизацией тех или иных внутренних рынков, она может быть связана с административными барьерами или иными отраслевыми факторами, обусловливающими высокий уровень рыночной концентрации и дестимулирующими конкурентное поведение участников внутреннего и международного рынка.

Наиболее яркой иллюстрацией такой ситуации могут служить экономики с избыточной наделенностью природными ресурсами. Такую наделенность нередко связывают с «ресурсным проклятием» (Auty, 2001; Karl, 1997; Sachs, Warner, 1995). Существование этого феномена в принципе находится под сомнением, однако структурные дисбалансы в ряде экономик, богатых природными ресурсами, очевидны. Хорошим примером является Россия. Достаточно сказать, что в 2015 г. минеральные ресурсы обеспечили 63,8% российского экспорта (даже после падения цен на нефть и газ), а в предшествующие четыре года эта доля превышала 70%³, так и не снизившись относительно показателей предыдущего десятилетия, несмотря на декларации о политике диверсификации, инновационном развитии и переходе к экономике, основанной на знаниях.

Минерально-сырьевые отрасли России демонстрировали намного более высокий уровень рентабельности по сравнению с остальными секторами экономики. Исключением является лишь рыбная ловля, но и ее можно рассматривать как эксплуатацию природных ресурсов и в то же время как случай административной монополизации благодаря

нерыночной системе распределения квот между компаниями (ФАС России, 2013а; 2013б).

Таблица 1

Рентабельность продаж и активов по видам экономической деятельности в России, 2015 г.

Вид экономической деятельности	Рентабельность продаж, %	Рентабельность активов, %
Добыча полезных ископаемых	26,8	12,7
Рыболовство, рыбоводство	59,4	25,3
Сельское хозяйство	21,3	7,4
Обрабатывающая промышленность	12,4	4,7
Государственное управление и оборона	11,7	1,7
Транспорт и связь	10,6	2,6
Операции с недвижимостью	9,7	1,5
Здравоохранение и социальные услуги	7,6	3,6
Оптовая и розничная торговля	7,1	6,5
Образование	6,2	4,9
Гостиницы и рестораны	5,8	-9,4
Производство и распределение электроэнергии, газа, воды	5,5	1,8
Строительство	5,4	1,9
Финансовые услуги	0,5	3,1
Прочие услуги	-8,4	1,8
В целом по экономике	9,3	5,0

Источник: Росстат. Россия в цифрах 2016. С. 495. С. 384–385.

Возникает следующий вопрос: почему существование более рентабельных отраслей может сдерживать инновации? Относительно убедительный ответ содержится в недавнем межотраслевом исследовании, проведенном в ЕС (European Patent Office, Office for Harmonization in the Internal Market, 2013).

Авторы выделили отрасли с интенсивным использованием ИС на основе оценки востребованности в указанных отраслях отдельных видов интеллектуальных прав: патентных прав, авторских прав, прав на товарные знаки и знаки обслуживания, промышленные образцы, географические наимено-

вания (наименования мест происхождения товаров). Отрасли, интенсивно использующие авторские права и географические наименования, относительно невелики: они обеспечивают 4,2% и 0,1% ВВП ЕС соответственно. В то же время отрасли с интенсивным использованием товарных знаков обеспечивают 33,9%, патентов – 13,9%, промышленных образцов – 12,8% (частично их состав пересекается) ВВП соответственно.

Анализ этих трех крупнейших групп показал, что большинство отраслей с интенсивным использованием прав интеллектуальной собственности – более 75% – концентрируется в обрабатывающей промышленности (табл. 2). Это означает, во-первых, что в обрабатывающей промышленности более активно создаются инновации, поскольку именно там особенно востребованы инструменты для защиты интеллектуальных прав, во-вторых, обрабатывающая промышленность более чувствительна к изменениям норм, регламентирующих использование прав ИС.

Таблица 2

Распределение отраслей с интенсивным использованием ИС по секторам экономики ЕС

Сектор / Тип ИС в отрасли	Патенты	Товарные знаки	Промышленные образцы
Первичный (добыча сырья и сельское хозяйство)	1	0	0
Вторичный (обрабатывающая промышленность)	16	13	16
Третичный (услуги)	3	7	4

Источник: European Patent Office, Office for Harmonization in the Internal Market, 2013.

Подводя итоги, выделим четыре условия, определяющие важность учета аспектов промышленной политики при формировании конкурентной политики в сфере обращения прав ИС:

- 1) слабое развитие в национальной экономике обрабатывающей промышленности, особенно с высокой добавленной стоимостью;
- 2) относительно высокий потенциал обрабатывающей промышленности для поддержки инновационного экономического развития;
- 3) низкая инвестиционная привлекательность обрабатывающей промышленности, прежде всего промышленности с высокой добавленной стоимостью, с точки зрения ее рентабельности относительно первичного сектора (добыча промышленности, сельского хозяйства), обрабатывающей промышленности с низкой добавленной стоимостью, сферы услуг;
- 4) высокая чувствительность обрабатывающей промышленности к режиму защиты прав ИС.

Сочетание этих условий является причиной для установления более мягкого для правообладателей режима конкурентной политики, включаю-

щего более широкий спектр возможностей для инноваторов по использованию их прав ИС без существенных ограничений. Это может улучшить позиции обрабатывающей промышленности относительно первичного и третичного секторов экономики в рамках их соперничества за ресурсы.

Усилия в данном случае направлены на перераспределение факторов производства, в первую очередь капитала (как из России, так и из-за рубежа), в более перспективный с точки зрения инноваций обрабатывающий сектор, особенно в его высокотехнологичный сегмент. Те объективные факторы, которые сдерживают капиталовложения в России для российских и зарубежных инвесторов, частично компенсируются высокой рентабельностью в добывающей промышленности и в отдельных отраслях сферы услуг. Но для инвестиций в высокотехнологичный сектор обрабатывающей промышленности нужны дополнительные инструменты ввиду более сложной структуры рисков и требований к механизмам адаптации участников договорных отношений к изменяющимся обстоятельствам осуществления трансакций.

Эта мера может выглядеть как призыв к монополизации обрабатывающей промышленности, но на самом деле это заблуждение. Действительно, в истории были попытки ограничить конкуренцию в целях поддержки экономического роста. Одна из наиболее известных была предпринята в ходе «Нового курса» Ф. Рузвельта в США в 1930-х гг. Однако ее результаты были довольно неоднозначными (Cole, Ohanian, 2004). Это объяснимо, в частности, тем, что конкуренция сама по себе является важным стимулом для инноваций. Дискуссия о том, какая из структур рынка обеспечивает наиболее сильные стимулы и достаточные возможности для инноватора, далека от завершения, однако есть весьма веские доводы в пользу того, что состязательность (необязательно сводимая к совершенной конкуренции) является необходимым условием для осуществления инноваций (Shapiro, 2012).

В то же время острая конкуренция в отраслях, производящих конечные товары – а не в сфере «промежуточных» отношений по трансферу технологий, – в совокупности с низкими входными барьерами в эти отрасли уже предоставляет достаточно стимулов для поиска лучших решений, при этом не нанося значительного ущерба тем, кто уже нашел хорошие решения. Так, конкуренция между чайками, ловящими рыбу на берегу моря, может улучшить их навыки рыбной ловли только в том случае, если они пытаются ловить рыбу самостоятельно, а не отбирать ее у более удачливых соседей, тогда как в противном случае у них будут скорее развиты навыки ведения драки друг с другом. Вероятно, это стало бы не лучшим исходом для популяции в целом.

Конкуренция предоставляет стимулы для инноваций только тогда, когда в конечном счете инноватор может рассчитывать на вознаграждение; а тем, кто не создает инновации, не предоставляются дополнительные возможности использовать чужие результаты за счет вовлечения антимонопольных органов в конкуренцию как инструмента для передела прав собственности.

Защита прав ИС и антимонопольная политика через призму экономической теории организаций

Защита конкуренции на рынках товаров, производимых с интенсивным использованием прав ИС, с минимальными ограничениями для создателей непосредственно объектов прав ИС (инноваторов) и с интервенциями регулятора только лишь при нарушении конкурентного порядка на рынках конечных товаров могла бы быть разумным компромиссом с учетом изложенных выше доводов.

Но в этом случае использование инструментов антимонопольной политики может вызвать еще один ощутимый побочный эффект – модификацию механизмов управления трансакциями. Следуя теории трансакционных издержек в интерпретации О. Уильямсона, заметим, что выбор того или иного способа организации бизнеса – или механизма управления на уровне отдельных трансакций – основывается на сочетании характеристик трансакций, а именно их частоты, специфики актива и уровня неопределенности (Williamson, 1996). Эти характеристики могут зависеть не только от трансакции самой по себе, но и от институциональной среды, которая может повлиять, например, на уровень неопределенности.

Выше говорилось о том, что достаточный уровень конкуренции для стимулирования инноваций может быть обеспечен за счет защиты конкуренции на рынке конечной продукции, а не в сфере обращения прав ИС. Это означает сдвиг фокуса антимонопольного контроля с отношений «инноватор–производитель» на отношения «производитель–потребитель». Проблема такого варианта решения состоит в том, что оно может создать дополнительную неопределенность для производителя конечных товаров (если его производство требует разработки и использования инноваций, но сам он действует независимо от инноватора). Получится, что отношения между производителем и потребителем конечных товаров будут объектом тщательного контроля антимонопольных органов, в то время как отношения между создателем инноваций и производителем конечных товаров, который здесь выступает покупателем права на инновации, от этого контроля будут в значительной мере освобождены. Следовательно, производитель конечных товаров столкнется с разными антимонопольными стандартами вниз по цепочке создания стоимости (с более строгим антимонопольным контролем и риском интервенции регулятора в отношения с покупателем) и вверх по ней (с более мягкой антимонопольной политикой и риском вымогательства со стороны поставщика инноваций).

Если объект прав ИС является специфичным, т.е. может быть использован только в определенных обстоятельствах, область его применения ограничена только узким кругом продуктов, процессов или партнеров при ограниченных возможностях переключения, тогда, по Уильямсону, предпочтительными будут гибридный и иерархический режимы управления трансакциями. В связи с этим может пригодиться эвристическая модель Уильямсона, связывающая уровень специфики активов и неопреде-

ленности с выбором режима управления трансакциями. По мере роста неопределенности гибридные структуры будут постепенно вытесняться иерархиями или, если исходный уровень специфичности актива низок, ценовым механизмом и иерархиями (Williamson, 1991, p. 292; Williamson, 1996). Это означает, что при довольно высокой специфичности продукта исследований и разработок различные долгосрочные отношенческие контракты и сетевые взаимодействия между производителями и инноваторами могут быть заменены вертикально интегрированными организациями. Другими словами, возрастает вероятность того, что изобретатели (создатели инноваций) и производители конечных товаров будут объединены в одну экономическую фирму.

Полезна ли такая вертикальная интеграция с точки зрения общественного благосостояния? Конечно же, это зависит от особенностей каждого бизнеса. Но с точки зрения теории выявленных предпочтений можно предположить, что, если экономические агенты предпочитали какой-то механизм управления трансакциями до принятия регуляторных мер, а затем изменили выбор после введения норм, повышающих трансакционные издержки, они, очевидно, выбрали «меньшее из зол». Иными словами, если рост неопределенности вынуждает экономических агентов изменить механизм управления трансакциями, эти агенты, вероятно, перешли к субоптимальному режиму управления, что может создать менее благоприятные условия для них по сравнению с предшествующей ситуацией.

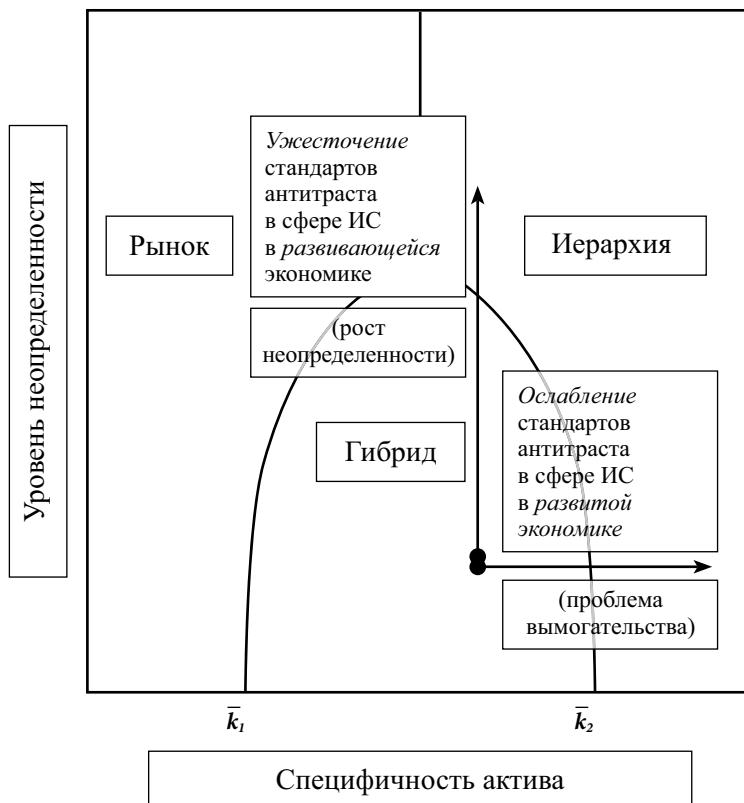
Вот почему, если конкурентная политика изначально подразумевала применение стандартных антимонопольных ограничений для сферы прав ИС; если агенты приспособились к этим ограничениям и пути применения инструментов конкурентной политики не могут быть неверно интерпретированы, так что антитраст не повышает уровень неопределенности сам по себе (здесь мы исходим из негативных последствий неопределенности, в отличие от Кацулакоса и Ульфа (Katsoulacos, Ulph, 2016a, 2016b), демонстрирующих положительные эффекты неопределенности при применении правила взвешенного подхода); и если ослабление этих ограничений ведет к изменению моделей ведения бизнеса, тогда последствия этих изменений могут быть рассмотрены в терминах повышающихся трансакционных издержек. В этом случае предпочтительным представляется сохранение стандартов конкурентной политики, включая универсальные антимонопольные ограничения для сделок в сфере обращения прав ИС.

Если же конкурентная политика в стране изначально не применялась для сферы обращения прав ИС; если применение антимонопольных ограничений применительно к объектам прав ИС не вполне предсказуемо и само по себе может привести к росту неопределенности; и если действующие бизнес-модели уже адаптированы к существующему высокому уровню неопределенности, то отказ от применения традиционных антимонопольных ограничений в сфере обращения прав ИС может предотвратить рост трансакционных издержек и потому является предпочтительным.

Иллюстрация этого различия приводится на рисунке 1.

Рисунок 1

**Риск перехода к менее благоприятному режиму
управления трансакциями при различных изменениях
норм в разных группах стран**



\bar{k}_1 – уровень специфичности актива, при котором происходит переключение от рыночного режима управления трансакциями к гибридному режиму при отсутствии неопределенности;

\bar{k}_2 – уровень специфичности актива, при котором происходит переключение от гибридного режима управления трансакциями к иерархическому режиму при отсутствии неопределенности.

Источник исходной диаграммы: Williamson, 1991.

Здесь мы приходим ко *второму аргументу* в пользу ограниченного применения антимонопольных стандартов в сфере обращения прав ИС в развивающихся экономиках: специфика институциональной среды в них может сместить баланс выгод и издержек альтернативных опций конкурентной политики.

Для пояснения этой позиции вернемся к российскому опыту. Как мы упоминали ранее, российское антимонопольное законодательство изначально включало оговорки, предотвращающие применение ряда важных антимонопольных норм в сфере обращения прав ИС. Российские антимонопольные ор-

ганды имеют мало опыта в этой области, так же как и специалисты по антимонопольному законодательству в корпорациях, а предварительный выпуск руководства по правоприменению пока не предусматривается ФАС России, в отличие от подхода китайского регулятора.

Выводы

Мы определили два аргумента в пользу ослабления антимонопольных запретов в сфере обращения прав интеллектуальной собственности в развивающихся странах, которые вместе с тем являются исходными для обсуждения основания и режима функционирования «промежуточных институтов» в сфере защиты интеллектуальной собственности и конкуренции. Один из них связан с необходимостью ослабления регуляторного бремени в отраслях с интенсивным использованием прав ИС, чтобы повысить их инвестиционную привлекательность для ослабления зависимости национальной экономики от первичного сектора и обрабатывающей промышленности с низкой добавленной стоимостью в рамках реализации целей развития экономики. Второй – с необходимостью предотвращения дополнительной неопределенности, происходящей от реформы антимонопольной политики в сфере обращения прав ИС, в том случае, если изначально существовали исключения из антимонопольных запретов, а информационная поддержка такой реформы может оказаться недостаточной.

Два аргумента в пользу ограничения антимонопольных запретов в сфере обращения прав ИС необязательно означают создание для них безусловной «безопасной гавани» навсегда. Нашей целью является объяснение на конкретном примере, почему последовательность преобразований и понимание исходной точки имеют значение, а повсеместное и унифицированное внедрение антимонопольных стандартов развитых стран может дорого обойтись национальным экономикам развивающихся стран, так же как и иностранным инвесторам.

Поэтому мы говорим здесь не столько об институциональной ловушке, сколько о необходимости комплексных институциональных преобразований. Эти преобразования могли бы включать разработку и развитие «промежуточных институтов» антимонопольной политики в сфере обращения прав ИС, т.е. поэтапное формирование набора правил применения антимонопольных запретов для этой сферы в разрезе отдельных видов результатов интеллектуальной деятельности и отношений на базе pilotных проектов и с широким применением механизмов информационного сопровождения реформ в виде публикации разъяснений и, говоря обобщенно, адвокатирования конкуренции.

ЛИТЕРАТУРА

1. Полтерович В. Институциональные реформы и гражданская культура // Историческая и социально-образовательная мысль. – 2016. – Т. 8. – № 2–2. – С. 225–238.
2. ФАС России. Экспертное сообщество задумалось о корректировке порядка распределения квот. – 2013а. URL: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=33227> (дата обращения: 22.08.2016).
3. ФАС России. Андрей Цариковский: «Большую озабоченность ФАС вызывает отсутствие четких правил игры в сфере рыбохозяйственного комплекса». – 2013б. URL: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=33021> (дата обращения: 22.08.2016).
4. Aghion P., Griffith R. Competition and Growth: Reconciling Theory and Evidence. MIT Press, 2005.
5. Arrow K. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In: H.M. Groves (ed.). The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors. NBER, 1962. P. 609–626.
6. Auty R.M. The Political Economy of Resource-Driven Growth // European Economic Review. 2001. Vol. 45. N. 4. P. 839–846.
7. Cole H.L., Ohanian L.E. New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis // Journal of Political Economy. 2004. Vol. 112. N. 4. P. 779–816.
8. Economides N. United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy // University of West Los Angeles Law Review. 2001. N. 32. P. 3–44.
9. Etro F. Competition, Innovation and Antitrust. Springer-Verlag, 2007.
10. European Commission. Antitrust: Commission Adopts Revised Competition Regime for Technology Transfer Agreements. 2014. IP/14/299.
11. European Patent Office and Office for Harmonization in the Internal Market. Intellectual Property Rights Intensive Industries: Contribution to Economic Performance and Employment in the European Union. EPO, OHIM, 2013.
12. Glader M. Innovation Markets and Competition Analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law. Edward Elgar Publishing, 2006.
13. Greenhalgh C., Rogers M. Innovation, Intellectual Property and Economic Growth. Princeton University Press, 2010.
14. Hovenkamp H., Janis M.D., Lemley M.A., Leslie C.R. IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law. Wolters Kluwer Law and Business, 2014.
15. Karl T.L. The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States. Univ. of California Press, 1997.
16. Katsoulacos Y., Ulph D. Regulatory Decision Errors, Legal Uncertainty and Welfare: A General Treatment // International Journal of Industrial Organization. 2016а. (In press).
17. Katsoulacos Y., Ulph D. Legal Uncertainty, Competition Law Enforcement Procedures and Optimal Penalties // European Journal of Law and Economics. 2016б. Vol. 41. N. 2. P. 255–282.

18. Lianos I., Dreyfuss R. New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights With Competition Law – A View from Europe and the United States. Center for Law, Economics and Society, CLES Working Papers Series. N. 4. 2013. URL: <https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/research-papers/cles-4-2013> (дата обращения: 22.08.2016).
19. Niels G., Ten Kate A. Introduction: Antitrust in the US and the EU-Converging or Diverging Paths // Antitrust Bulletin. 2004. N. 49. P. 1–28.
20. Nordhaus W. Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change. M. I. T. Press, 1969.
21. Odagiri H., Goto A., Sunami A., Nelson R. (eds). Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study. Oxford University Press, 2012.
22. Pitofsky R. Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property // Antitrust Law Journal. 2001. N. 68. P. 913–924.
23. Sachs J.D., Warner A.M. Natural Resource Abundance and Economic Growth. National Bureau of Economic Research Working Paper N. 5398. 1995.
24. Schumpeter J. Capitalism, Socialism and Democracy. N. Y.: Harper & Brothers, 1942.
25. Shapiro C. Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye? In: J. Lerner and S. Stern (eds.). The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited. University of Chicago Press, 2012. P. 361–404.
26. Tirole J. The Theory of Industrial Organization. The MIT Press. 1994.
27. U.S. Department of Justice, U.S. Federal Trade Commission. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition. 2007. URL: <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.htm>. (дата обращения: 22.08.2016).
28. Williamson O.E. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives // Administrative Science Quarterly. 1991. Vol. 36, N. 2. P. 269–296.
29. Williamson O.E. The Mechanisms of Governance. Oxford University Press, 1996.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm

² <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=35d15d4a-39b7-4c47-a71c-4845e6e737c4>;
<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=aac7e4d7-e7af-409f-9413-c5c88b21bc56>

³ Росстат. Россия в цифрах 2016. С. 495.

TWO ARGUMENTS FOR A LIMITATION OF ANTITRUST FOR IPR-RELATED DEALS IN EMERGING MARKET ECONOMIES

Kurdin Alexander A.

PhD in Economics, Senior research fellow at the Chair of Competition Policy and Industrial Policy, Department of Economics, Lomonosov Moscow State University; Senior research fellow at the Centre for Competition and Economic Regulation Studies, RANEPA. Address: Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. 82 Vernadskogo Av., Moscow 119571, Russian Federation. E-mail: aakurdin@gmail.com.

Shastitko Andrey E.

Doctor of Economic Sciences, Professor, Head of the Chair of Competition Policy and Industrial Policy, Department of Economics, Lomonosov Moscow State University; Director of the Centre for Competition and Economic Regulation Studies, RANEPA. Address: Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. 82 Vernadskogo Av., Moscow 119571, Russian Federation. E-mail: aes99@yandex.ru

Abstract

The transfer of intellectual property rights (IPR) and associated relations are subject to regular antitrust policy in the developed economies, with some minor refinements. The application of antitrust policy to the same area in the developing countries is a question of controversy. Such economies as China and Russia apply explicit exceptions for IPR-related deals in their antitrust laws.

The authors of the article consider alternative options of antitrust policy for IPR-related deals in emerging market economies and provide rationale for weakening anti-trust standards under certain conditions. This rationale is based on the goal of structural adjustment of the economy and on the prevention of undesirable growth of uncertainty affecting the choice of governance structures.

Keywords: antitrust policy; intellectual property rights; developing economies; emerging market economies.

Citation: Kurdin, A.A. & Shastitko, A.E. (2017). Dva argumenta za ogranicenie antitrasta v realizatsii prav intellektual'noy sobstvennosti v razvivayushchikhsya ekonomikakh [Two Arguments for a Limitation of Antitrust for IPR-Related Deals in Emerging Market Economies]. *Public Administration Issues*, no 1, pp. 31–49 (in Russian).

REFERENCES

1. Aghion, P. & Griffith, R. (2005). *Competition and Growth: Reconciling Theory and Evidence*. MIT Press.

2. Arrow, K. (1962). Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In: H.M. Groves (ed.) *The Rate & Direction of Inventive Activity: Economic & Social Factors*. NBER, pp. 609–626.
3. Auty, R.M. (2001). The Political Economy of Resource-Driven Growth. *European Economic Review*, vol. 45, no 4, pp. 839–846.
4. Cole, H.L. & Ohanian, L.E. (2004). New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis. *Journal of Political Economy*, vol. 112, no 4, pp. 779–816.
5. Economides N. (2001). United States v. Microsoft: A Failure of Antitrust in the New Economy. *University of West Los Angeles Law Review*, no 32, p. 3–44.
6. Etro, F. (2007). *Competition, Innovation & Antitrust*. Springer-Verlag.
7. European Commission (2014). *Antitrust: Commission Adopts Revised Competition Regime for Technology Transfer Agreements*. IP/14/299.
8. European Patent Office & Office for Harmonization in the Internal Market (2013). *Intellectual Property Rights Intensive Industries: Contribution to Economic Performance & Employment in the European Union*. EPO, OHIM.
9. Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation. (2013a). *Ekspertnoe soobshchestvo zadumalos' o korrektirovke poryadka raspredeleniya kvot* [Expert Community is Thinking about Correcting the Procedures for Quota Allocation]. Available: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=33227> (accessed: 22 August, 2016).
10. Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation. (2013b). *Andrey Tsarikovskiy: «Bol'shuyu ozabochennost' FAS vyzyvaet otsutstvie chetkikh pravil igry v sfere rybohozyaystvennogo kompleksa»* [Andrey Tsarikovskiy: “FAS is Very Concerned with the Absence of Clear Rules of the Game in the Fisheries Industry”]. Available: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=33021> (accessed: 22 August, 2016).
11. Glader, M. (2006). *Innovation markets and competition analysis: EU competition law and US antitrust law*. Edward Elgar Publishing.
12. Greenhalgh, C. & Rogers, M. (2010). *Innovation, Intellectual Property and Economic Growth*. Princeton University Press.
13. Hovenkamp, H., Janis, M.D., Lemley, M.A. & Leslie, C.R. (2014). *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Wolters Kluwer Law & Business.
14. Karl, T.L. (1997). *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*. Univ. of California Press.
15. Katsoulacos, Y. & Ulph, D. (2016a). Regulatory Decision Errors, Legal Uncertainty and Welfare: A General Treatment. *International Journal of Industrial Organization*, in press.
16. Katsoulacos, Y. & Ulph, D. (2016b). Legal Uncertainty, Competition Law Enforcement Procedures and Optimal Penalties. *European Journal of Law and Economics*, vol. 41, no 2, pp. 255–282.
17. Lianos, I. & Dreyfuss, R. (2013). New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights with Competition Law – A View from Europe & the United States. *Center for Law, Economics & Society, CLES Working Papers Series*, 4. Available: <https://www.ucl.ac.uk/cles-research-paper-series/research-papers/cles-4-2013> (accessed: 22 August, 2016).
18. Niels, G. & Ten Kate, A. (2004). Introduction: Antitrust in the US and the EU-Converging or Diverging Paths. *Antitrust Bulletin*, no 49, pp. 1–28.

19. Nordhaus, W. (1969). *Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change*. M. I. T. Press.
20. Odagiri, H., Goto, A., Sunami, A. & Nelson, R. (eds.) (2012). *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-Up: an International Comparative Study*. Oxford University Press.
21. Pitofsky, R. (2001). Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property. *Antitrust Law Journal*, no 68, pp. 913–924.
22. Polterovich, V. (2016). Institucional'nye reformy i grazhdanskaya kul'tura [Institutional Reforms and Civil Culture]. *Istoricheskaya i sotsial'no-obrazovatel'naya mysль*, vol. 8, no 2, pp. 225–238.
23. Sachs, J.D. & Warner, A.M. (1995). Natural Resource Abundance and Economic Growth. *National Bureau of Economic Research Working Paper*, 5398.
24. Schumpeter J. (1942). *Capitalism, Socialism & Democracy*. N. Y.: Harper & Brothers.
25. Shapiro, C. (2012). Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye? In: J. Lerner and S. Stern (eds) *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*. University of Chicago Press, pp. 361–404.
26. Tirole, J. (1994). *The Theory of Industrial Organization*. The MIT Press.
27. U.S. Department of Justice, U.S. Federal Trade Commission (2007). *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. Available: <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.htm> [accessed: 22 August, 2016].
28. Williamson, O.E. (1991). Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative science quarterly*, vol. 36, no 2, pp. 269–296.
29. Williamson, O.E. (1996). *The Mechanisms of Governance*. Oxford University Press.