

Почтовый адрес:  
Москва, территория  
инновационного центра «Сколково»,  
ул. Нобеля, д. 5

Тел.: +7 (495) 956-00-33  
Факс: +7 (495) 739-53-06  
www.sk.ru, e-mail: SKFoundation@sk.ru

от 27.03.2020 № Исх/45-1533

на № \_\_\_\_\_ от \_\_\_\_\_

Генеральному директору АНО  
«Цифровая экономика»  
Е.В. Ковниру  
территория инновационного центра  
«Сколково», Большой бульвар, д. 42,  
стр. 1, офис 1328, Москва, 121205

*О направлении заключения на проекты  
нормативных правовых актов в рамках  
реализации программы «Цифровая экономика  
Российской Федерации», федеральный проект  
«Нормативное регулирование цифровой среды»*

Уважаемый Евгений Владимирович!

Фонд «Сколково» как Центр компетенций федерального проекта «Нормативное регулирование цифровой среды» программы «Цифровая экономика Российской Федерации» (далее – ЦК, федеральный проект) в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 02.03.2019 № 234 «О системе управления реализацией программы «Цифровая экономика Российской Федерации» рассмотрел запрос о подготовке заключения на проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее – закон о защите конкуренции) в части установления антимонопольных требований к соглашениям и действиям по предоставлению или распоряжению исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации юридического лица, товаров, работ или услуг» (далее – законопроект), поступивший от АНО «Цифровая экономика» по электронной почте 21.02.2020. По итогам рассмотрения направляем заключение ЦК.

I. Законопроект разработан во исполнение протокола совещания у Председателя Правительства РФ от 16.12.2019 № ДМ-П8-86пр, согласно которому

в законопроекте необходимо предусмотреть возможность применения антимонопольного регулирования в отношении отдельных действий и соглашений лиц, связанных с осуществлением прав на результаты интеллектуальной деятельности (РИД).

Законопроект предлагает дополнить Федеральный закон от 26.06.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – закон о защите конкуренции) статьей 11.2, устанавливающей антимонопольные требования к соглашениям и действиям по предоставлению или распоряжению исключительными правами на РИД, а также дополнить статьи 12 и 13 закона о защите конкуренции ссылками на новую статью.

Статья 11.2 законопроекта устанавливает прямой запрет на совершение прямо поименованных действий и соглашений, если они приводят или могут привести к прямо поименованным последствиям.

Другие положения законопроекта допускают совершение поименованных в частях 1-3 статьи 11.2 действий при условии соответствия их требованиям статей 12 и 13 закона о защите конкуренции.

## **II. Существует расхождение между действующей редакцией закона о защите конкуренции, Конституцией РФ и ГК РФ.**

Согласно части 2 статьи 34 Конституции РФ не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Согласно абзаца 2 части 1 статьи 10 ГК РФ не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Согласно части 1 статьи 1229 ГК РФ лицо, обладающее исключительным правом на РИД или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом.

Согласно части 1 статьи 1233 ГК РФ правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на РИД или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом.

При этом, согласно части 4 статьи 10 и части 9 статьи 11 закона о защите конкуренции требования этих статей о запрете на злоупотребление доминирующим положением и на ограничивающие конкуренцию соглашения не распространяются на действия по осуществлению права и на соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования исключительных прав на РИД и приравненных к ним средств индивидуализации.

Согласно постановлению КС РФ от 13.02. 18 № 8-П положения антимонопольного законодательства, в частности статья 10 закона о защите конкуренции, не могут интерпретироваться и применяться как полностью выводящие коллизию интересов правообладателей товарных знаков и иных участников правоотношений по поводу товаров, на которых размещены соответствующие товарные знаки, и связанную с этим возможность оценки поведения сторон как недобросовестного из-под действия механизмов обеспечения баланса конституционно значимых ценностей. Иное означало бы злоупотребление исключительным правом на товарный знак, выходящее за разумные пределы защиты правообладателем своего экономического интереса, которое не должно поощряться, поскольку осуществление субъективных прав в противоречии с их назначением или с публичными целями, охраняемыми гражданским правом, влечет отказ в правовой защите.

Существующее противоречие законодательства требует устранения. Однако, учитывая изложенные далее опасения экспертов ЦК, для выработки гармоничного и сбалансированного решения необходимо тщательно проработать пределы предлагаемых ограничений, условия и порядок их судебного применения.

**III.** Большая часть экспертов ЦК отмечает следующие положения законопроекта, которые, по их мнению, могут создать барьеры для реализации сложившихся бизнес-моделей, связанных с коммерциализацией интеллектуальной собственности, в том числе на рынке программ для ЭВМ и баз данных.

**1.** Законопроект запрещает соглашения и действия, основанные на иных нормах законодательства, в частности:

1. суть исключительного права на РИД или на средство индивидуализации и возможность по распоряжению таким правом (статьи 1229, 1233 ГК РФ);
2. возможность ограничения правообладателя в использовании РИД, в том числе в выдаче лицензий иным лицам и в самостоятельном использовании (статья 1236 ГК РФ);
3. территория, на которой предоставлено право использования РИД или средства индивидуализации (часть 3 статьи 1235 ГК РФ);
4. ограничения прав сторон договора коммерческой концессии, включая, но не ограничиваясь следующими: территория деятельности; запрет конкуренции; запрет договорных отношений с третьими лицами; установление минимальных, максимальных и иных цен (статья 1033 ГК РФ).

Законопроект позволит признавать незаконными сложившиеся бизнес-практики, в том числе те, которые не причиняют вред конкуренции и обусловлены особенностями коммерциализации некоторых РИД, например, компьютерных программ (часть 1 статьи 11.2 законопроекта не устанавливает условий ее применения в виде наступления неблагоприятных антиконкурентных последствий). Пункт 4 части 1, пункт 2 части 3, пункт 4 части 2 статьи 11.2 законопроекта признают недопустимым отказ от заключения правообладателем договоров с обратившимся к нему третьим лицом.

В соответствии с абзацами 2 и 3 и части 1 статьи 1229 ГК РФ правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам

использование РИД или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением). Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ.

То есть, правообладатель вправе самостоятельно определять контрагентов, которые могут наилучшим образом реализовать охраняемый исключительным правом РИД. Это может быть обосновано не только экономически или технологически, но и связано с оценкой правообладателем возможностей своего потенциального контрагента по своему усмотрению. При отсутствии у правообладателя такого права эксперты ЦК усматривают риск снижения качества производимых с использованием РИД товаров из-за понуждения к заключению договоров с неподходящими и неблагонадежными контрагентами. В связи с этим из законопроекта следует исключить положения, признающие недопустимыми отказ от заключения правообладателем договоров с обратившимся к нему третьим лицом, если такой отказ не обоснован технологически или экономически.

**2. Законопроект вводит ряд новых понятий, не раскрывая их определений:** товары, производимые с использованием РИД; РИД, принадлежащий лицам; лицо, владеющее правами на РИД; рынок программ для электронных вычислительных машин и баз данных. Новые понятия существенно влияют на права хозяйствующих субъектов, так как именно их толкование будет положено в основу квалификации действий хозяйствующих субъектов в качестве недопустимых. Следовательно, то обстоятельство, что их определения не раскрыты в законопроекте, необоснованно расширяет сферу усмотрения правоприменителя, не соответствует принципу правовой определенности, вызывает неопределенность в их толковании как самих по себе, так и в соотношении друг с другом и с иными нормами.

При этом не вносятся изменения в содержащиеся в законе о защите конкуренции определения понятий (например, понятие «взаимозаменяемые товары»), что создает риски неправильного определения границ товарных рынков в части прав на РИД и товаров, произведённых с использованием РИД.

В настоящее время продуктовые границы товарного рынка определяются исходя из того, являются ли обращающиеся на рынке товары, включая работы и услуги в соответствии с пунктом 3 статьи 4 закона о защите конкуренции, взаимозаменяемыми с точки зрения их потребительских свойств, цены и прочих показателей. Следовательно, если права на РИД или товары, произведенные с использованием РИД, имеют особые потребительские свойства, обусловленные такими РИД, то: сфера их обращения может быть признана отдельным товарным рынком; правообладатели – лицом (лицами), занимающим доминирующее положение; любые договоры о распоряжении правами на РИД или соответствующими товарами, включая но не ограничиваясь договоры франчайзинга, дистрибуторские договоры, соглашения о создании экосистем, могут быть признаны недопустимыми в соответствии с законопроектом.

Вследствие особой природы РИД, заключающейся в уникальности таких объектов, новизна (оригинальность, творческий характер) которых предопределяет их особые свойства, хозяйствующие субъекты будут вынуждены нести бремя доказывания того, что бизнес-модели, связанные, в том числе с франчайзингом, дистрибуцией, экосистемной кооперацией, не нарушают антимонопольное законодательство. В отсутствие понятных правил определения границ товарного рынка это просто невозможно.

**3. Расширение антимонопольного регулирования использования и распоряжения РИД не должно затруднять оценку рисков ведения бизнеса и способов их митигации (управления и минимизации).** В противном случае, по мнению экспертов ЦК, риски при инвестировании в технологичные проекты могут

увеличиться, а в контексте задачи развития цифровой экономики в ближайшие годы инвестиционная привлекательность экономики России играет важную роль.

#### **4. Законопроект имеет ряд юридико-технических недостатков, например:**

**4.1.** В наименовании статьи 11.2 законопроекта говорится о РИД или средствах индивидуализации, в нормах статьи речь идёт только о РИД. Следует обеспечить соответствие наименования и содержания статьи.

**4.2.** В законопроекте из всего перечня РИД отдельно выделены программы для ЭВМ и базы данных. При этом для этих отдельно выделенных РИД не предлагается специального регулирования, отличного от устанавливаемого законопроектом регулирования иных РИД, и не представлено обоснование такого выделения.

Из известных экспертам ЦК примеров рассмотрения ФАС России дел по статьям 10 и 11 закона о защите конкуренции только в двух делах анализировался рынок оборота прав на программы для ЭВМ. Такое количество заявлений от пострадавших участников хозяйственного оборота свидетельствует об отсутствии масштабной проблемы, требующей законодательного регулирования программ для ЭВМ и баз данных отдельно от других РИД

**IV.** Большинство экспертов ЦК не поддерживают законопроект в текущей редакции.

Учитывая изложенное, **законопроект требует доработки после обсуждения с экспертным сообществом следующих вопросов.**

**1. Необходимость предотвращения и пресечения только реальных злоупотреблений исключительным правом.** Должен быть соблюден баланс предлагаемых ограничений и прав правообладателя по ограничению использования принадлежащих ему РИД.

Вместо широкого круга запретов и составов недопустимых действий – выработка максимально конкретных признаков конкретных правонарушений,

сформированных на основании конкретных проблем существующего регулирования.

Определение минимально возможного количества таких нарушений. Исключение из числа запрещенных действий тех, которые составляют существо исключительного права.

**2. Анализ: конкретных проблем существующего регулирования** на конкретных примерах правоприменительной практики; соответствия предлагаемых законопроектом новых инструментов регулирования задачам решения таких проблем; оценки рисков действующего и предлагаемого регулирования; существующей практики, уже сейчас позволяющей пресекать злоупотребление исключительным правом; причин неиспользования или недостаточного использования действующих механизмов, возможности по совершенствованию практики применения.

**3. Выработка подходов к стандартам доказывания фактов,** что в конкретной ситуации исключительное право используется не для целей технического прогресса и распространения технологий к взаимной выгоде производителей и пользователей технических знаний, а для монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

**4. Выработка правил определения границ товарного рынка.**

**5. Судебный порядок** пресечения и предотвращения злоупотреблений исключительным правом.

**6. Уточнение действующего и нового понятийного аппарата** в законе о защите конкуренции с учетом предложений, изложенных в настоящем заключении.

**V.** Учитывая сложность вопроса и его значимость для большинства юридических лиц и физических лиц – правообладателей, и что законопроект предполагает ограничения значимых для субъектов цифровой экономики прав и свобод, считаем необходимым:



- окончательную позицию по законопроекту сформировать после рассмотрения вопроса рабочей группой «Нормативное регулирование» АНО «Цифровая экономика»;

- доработать законопроект с участием ФАС России и экспертов ЦК и АНО «Цифровая экономика» в целях учета замечаний и предложений, изложенных в настоящем заключении.

Директор Департамента  
развития и планирования



С.В. Израйлит