



**Денис Александрович
ГАВРИЛОВ,**

кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), советник адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» spikydee@gmail.com
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9



**Анна Сергеевна
ПЕТРОВА,**

магистр в сфере конкурентного права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, помощник юриста антимонопольной практики адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» anna_petrova@epam.ru
117574, Россия, г. Москва, пр-д Одоевского, д. 11, корп. 1, кв. 4

© Д. А. Гаврилов,
А. С. Петрова, 2017

ВЫЗОВЫ ДЛЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ

Аннотация. В статье анализируется соотношение рыночного поведения и реализации прав на объекты интеллектуальной собственности, определяются особенности анализа состояния конкуренции на рынках информационных технологий с верификацией полномочий национального антимонопольного органа. На примере зарубежной и российской практики иллюстрируется применение правила разумного подхода к лицензионным практикам правообладателя, а также даются предложения по эффективному пресечению правонарушений.
Ключевые слова: антимонопольное регулирование, легальная монополия, рынок информационных технологий, правило «rule of reason», предписание, оборотный штраф.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.048-056

D. A. GAVRILOV,

PhD, Deputy Head of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL) Counsel of Egorov, Puginsky, Afanasiev & Partners Law offices
spikydee@gmail.com
125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

A. S. PETROVA,

Master of competition law of law faculty of Lomonosov MSU, Paralegal of competition law of Egorov, Puginsky, Afanasiev & Partners Law offices
anna_petrova@epam.ru
125993, Russia, Moscow, pr-d Odoevskogo, 11, 1, 4

CHALLENGES FOR ANTIMONOPOLY REGULATION IN THE DIGITAL ERA

Review. Authors analyze the comparison between market behavior and use of intellectual property rights, indicate the specific features of competition analysis at digital markets, verifying the powers of national competition authority. Using the example of both foreign and Russian practice authors illustrate the use of rule of reason to the license practices, giving their ideas how to make an effective investigation.

Keywords: antitrust regulation, legal monopoly, digital market, rule of reason, remedies, turnover fines.

Глобальная экономика движется в сторону инновационного развития, основным вектором которого являются рынки информационных технологий (digital markets). В этой связи экономические тенденции влекут необходи-

мость адаптации и совершенствования антимонопольных механизмов правового регулирования рыночных отношений, основанного на балансе правовой защиты инноваций, являющихся объектами интеллектуальной собственности, и недопущении монополистической деятельности.

Обладание исключительным имущественным правом на объект интеллектуальной собственности обеспечивает правообладателю признаваемую государством (легальную) монополию, т.е. возможность использования интеллектуального объекта и распоряжения исключительными правами на него с воспрепятствованием совершения таких действий третьим лицам. Однако признано, что приобретение хозяйствующим субъектом исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации не влечет безусловного (*per se*) получения таким субъектом рыночной власти и доминирующего положения на соответствующем рынке¹.

Для приобретения монополярной власти в экономическом смысле, т.е. возможности в одностороннем порядке определять общие условия обращения товара на рынке, независимо от других хозяйствующих субъектов, недостаточно лишь ограничений и запретов, установленных относительно использования объекта интеллектуальной собственности другими лицами без разрешения правообладателя. На возникновение рыночной власти субъекта на соответствующем рынке влияет целый ряд объективных и субъективных факторов, например экономические и технологические особенности отрасли, активная конкурентная борьба за потребительский спрос и т.д.

В этой связи наличие исключительных прав не презюмирует доминирования, а может служить лишь предпосылкой, принимаемой во внимание при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Таким образом, одной из задач, которая ставится перед правоприменителем в данной сфере, является точное определение продуктовых и географических границ соответствующего товарного рынка и, как следствие, верификация полномочий национального либо наднационального регулятора по анализу товарного рынка и осуществлению надлежащего антимонопольного контроля.

Правообладатель может быть признан субъектом, занимающим доминирующее положение как на товарном рынке продуктов, которые произведены с использованием охраняемого объекта интеллектуальной собственности, так и на рынке результатов интеллектуальной деятельности, таких как программы для ЭВМ либо база данных. Так, по результатам анализа состояния конкуренции могут быть определены самостоятельные продуктовые границы товарного рынка,

¹ *Гаврилов Д. А.* Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности : монография. М. : Норма, ИНФРА-М, 2014. С. 54 ; *Антиконкурентные соглашения и недобросовестная конкуренция : учебное пособие / отв. ред. С. А. Пузыревский.* М. : Проспект, 2016. С.169 ; *Павлова Е.* Гражданско-правовое и антимонопольное регулирование исключительных прав: инструмент на выбор? / Е. Павлова, В. Калятин, М. Суспицына // *Конкуренция и право.* 2013. № 4. С. 50—60 ; *Вознесенский Н., Гнусина Ю.* Возможно ли ограничение распоряжения результатами интеллектуальной деятельности нормами антимонопольного права? // *Корпоративный юрист.* 2012. № 6. Приложение. С. 25—30.



в том числе если будет установлено, что такой товар в силу реализации в нем интеллектуального объекта не является взаимозаменяемым товаром². В качестве примера может выступать рынок микроконтроллеров для контрольной ленты, в которые включена топология интегральной микросхемы (используется в контрольно-кассовой технике)³.

Посредством предоставления исключительных прав по лицензионному договору или договору об отчуждении исключительных прав программы для ЭВМ или базы данных вводятся в гражданский оборот, также образуя отдельный рынок. В качестве такового может быть определен рынок операционных систем для мобильных устройств⁴, для персональных компьютеров⁵, рынок предоставляемых магазинов приложений для операционной системы мобильного устройства⁶, рынок отдельных приложений и сервисов, разрабатываемых для мобильных устройств независимо от операционной системы⁷ и др.

В американской практике данный рынок получил название «рынок технологий», т.е. рынок объектов интеллектуальной собственности, право на использование которых передается по лицензии, независимо от продуктов, в которых они задействованы⁸. Так, по делу *Hynix Semiconductor Inc. v. Rambus Inc.* рынок был определен как рынок технологий оперативной памяти, используемой в вычислительной технике⁹; по делу *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.* рынок охватывал технологии сотовой связи (UMTS) для передачи данных по 3G от базовой станции к мобильному устройству¹⁰.

Рынок информационных технологий, являющихся самостоятельными объектами интеллектуальной собственности, обладает особенностями, которые следует учитывать при проведении анализа состояния конкуренции на рынке.

Во-первых, фактором, определяющим наличие или отсутствие рынка, не может являться предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности на безвозмездной основе; интеллектуальный продукт можно рассматривать как товар, а сферу его обращения в качестве товарного рынка.

Так, в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) товаром явля-

² *Гаврилов Д. А.* Антимонопольное регулирование и охрана интеллектуальной собственности: поиск баланса // *Конкуренция и право.* 2013. № 3. С. 15—21.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 29.11.2011 № 6577/11 по делу № А40-3954/10-149-52.

⁴ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4782_en.htm.

⁵ *United States v. Microsoft Corp.* 231 F. Supp.2d 144 (D.D.C. 2002).

⁶ Решение ФАС России от 18 сентября 2015 г. по делу № 1-14-21/00-11-15 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2016 № 09АП-20740/2016 по делу № А40-240628/2015.

⁷ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm.

⁸ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (January 12, 2017).

⁹ *Hynix Semiconductor Inc. v. Rambus Inc.*, 2008-1 Trade Cas (CCH) 76,047, 2008 WL 73689, at 2-8 (N.D. Cal. Jan. 5, 2008).

¹⁰ *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297, 315 (3rd Cir. 2007).

ется объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. В силу ст. 128 ГК РФ охраняемые результаты интеллектуальной деятельности относятся к объектам гражданских прав. При этом под «введением в оборот» следует понимать совершение сделки (сделок), в результате которой происходит передача прав на объект от одного лица к другому. На цифровых рынках предоставление права использования инновационного продукта может осуществляться безвозмездно на основании лицензионного договора. Стоит отметить, что гражданское законодательство признает такую передачу прав допустимой и законной, поскольку по лицензионному договору лицензиат обязуется уплатить лицензиару обусловленное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное (ст. 129, п. 1 ст. 1233, ст. 1235 ГК РФ).

Отсюда следует, что возмездность не является ключевой характеристикой товара согласно Закону о защите конкуренции и ГК РФ, а факт отсутствия платы за пользование не может служить основанием для отказа выделения рынка в соответствующих продуктовых границах.

Во-вторых, географические границы рынка в информационном секторе являются глобальными, т.к. программа для ЭВМ как товар не требует расходов на транспортировку и может без дополнительных затрат продаваться в любой точке мира, а участниками рынка выступают компании, осуществляющие деятельность в мировом масштабе либо во многих регионах. При этом антимонопольный орган с учетом экономической целесообразности приобретения товара, в котором использован объект интеллектуальной собственности, за пределами гипотетического рынка может ограничить географические границы Российской Федерацией.

В-третьих, объем товарного рынка и доли его участников определяются по характеристикам связанных товарных рынков. Так, расчет долей хозяйствующих субъектов в информационном секторе за счет специфики интеллектуального продукта, например в случае бесплатного предоставления права использования, где применение стоимостных показателей для оценки объема рынка невозможно, может быть осуществлен исходя из количества реализованных товаров, в которых использован объект интеллектуальной собственности. Примером может служить дело Google, в котором объем рынка предустановливаемых магазинов приложений на базе ОС Android, локализованных для РФ, был определен через количество проданных в РФ мобильных устройств, использующих ОС Android. В том случае, когда невозможно определить количество реализованного товара на смежном рынке, антимонопольный орган обращается к открытым отчетным данным аналитических агентств по статистике входа в сеть с аппаратного устройства. Такой подход был использован, например, по делу Microsoft Corporation, где рынок был определен как рынок операционной системы для стационарных компьютеров¹¹.

Можно предположить, что доля субъектов рынка может быть посчитана также исходя из количества скачиваемых приложений как показатель объема продаж

¹¹ Выступление Е. А. Заевой, начальника Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России, на VII Петербургском международном юридическом форуме 19 мая 2017 г.



при реализации продукта, например антивирусной программы, в информационном пространстве сети Интернет на возмездной основе либо в соответствии с определенными условиями при использовании программы в пробной версии безвозмездно¹².

В-четвертых, оценивая барьеры входа на рынок программ для ЭВМ, антимонопольному органу необходимо учитывать такие особенности информационного сектора экономики, как прямые и косвенные сетевые эффекты¹³.

С точки зрения представителей экономической науки, сетевые эффекты — это характеристика предпочтений потребителей, которые отражаются их функцией полезности, непосредственно не наблюдаемой¹⁴, т.е. повышение спроса на продукт является прямым следствием увеличения числа пользователей (прямой сетевой эффект).

Наблюдаемым результатом наличия на рынке сетевых эффектов являются конкурентные преимущества продукта за счет самого факта его широкого распространения. Доказательством наличия сетевого эффекта выступает такой механизм выбора потребителей, когда главным фактором выбора становится «существующий стандарт» (так называемое «присоединение к большинству»)¹⁵.

В то же время косвенные сетевые эффекты (*network externalities*) выражаются в повышении спроса на продукты, являющиеся дополнительными к основному продукту, т.е. производитель должен обеспечить совместимость основного инновационного продукта с дополнительными, в том числе с разработками конкурентов¹⁶.

Как отмечалось выше, определение границ товарного рынка информационного продукта необходимо и для верификации полномочий национального антимонопольного органа. В этой связи следует учитывать разграничение компетенций ФАС России и Евразийской экономической комиссии в сфере антимонопольного контроля. Так, в случае определения географических границ того или иного «цифрового рынка» как глобальных, следует исходить в том числе из того, включают ли его границы территории двух или более государств — членов ЕАЭС (принцип трансграничности территории), является ли компания, чьи действия рассматриваются на предмет соответствия антимонопольным требованиям, резидентом одного из государств — членов ЕАЭС (принцип резидентства), занимает ли данная компания доминирующее положение на данном рынке (принцип трансграничного

¹² Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15 ; постановление Деятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2016 № 09АП-20740/2016 по делу № А40-240628/2015.

¹³ *Шаститко А. Е.* Новая институциональная экономическая теория. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ТЕИС, 2010. С. 773.

¹⁴ *Katz M. L., Shapiro C.* Systems competition and network effects // *The Journal of Economic perspectives*. 1994. 8(2). 93—115.

¹⁵ *Farrell J., Klemperer P.* Coordination and lock-in: Competition with switching costs and network effects // *Handbook of Industrial Organization*. 2007. Vol. 3. P. 1967—2072.

¹⁶ *Войничанис Е. А.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости : монография. М. : Юриспруденция, 2013. С. 364.

доминирования), каков масштаб антиконкурентного эффекта от подобных действий (принцип трансграничности правонарушения)¹⁷.

Стоит отметить, что поддержание баланса между развитием технологий, внедрением новых программных устройств и смежных информационных продуктов, появлением выбора у потребителей, экономическим развитием в целом и интересами отдельного правообладателя, обладающего легальной монополией на объект интеллектуальной собственности, является одним из ключевых направлений антимонопольного регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности.

В этой связи принципиально важной является всесторонняя оценка верифицированных бизнес-практик хозяйствующего субъекта на основании принципа разумности и допустимости с точки зрения двусторонних пропорциональных эффектов и правила «rule of reason» (рынок — конкуренция — потребители — экономическое развитие). При формировании такой оценки концептуальным также представляется надлежащим образом соотносить рыночное поведение правообладателя и реализацию им прав на объекты интеллектуальной собственности, выделив те практики, которые относятся исключительно к первой категории, подлежащей правовой оценке с точки зрения соответствия антимонопольному законодательству.

На текущий момент можно отметить, что зарубежный правопорядок, равно как и российский, уже выработал надлежащие подходы применения антимонопольного законодательства к отношениям в сфере интеллектуальной собственности.

Так, в исследованиях по релевантной теме неоднократно был упомянут кейс «Еврокомиссия v. Microsoft». В отличие от американской практики, Еврокомиссия не возражала против связанных продаж ОС Windows и Internet Explorer, однако нарушением антимонопольного законодательства признала связанные продажи ОС Windows и медиапроигрывателя Windows Media Player (WMP) для персональных компьютеров, осудив технологическую интеграцию программы и операционной системы. Еврокомиссия применила ст. 102 Договора о функционировании ЕС, т.к. компания Microsoft отказалась предоставить своим конкурентам интерфейсы, необходимые для обеспечения совместимости между производимыми ею операционными системами для групповых серверов и операционной системой Windows, производимой Microsoft для персональных компьютеров. Microsoft было предписано раскрыть данную информацию о совместимости в разумном, недискриминационном и оперативном порядке, уплатив при этом рекордный штраф в 800 млн евро.

Интерес представляет то, что Microsoft ссылалась на наличие у нее исключительных прав в оправдание действий по связыванию и отказу в предоставлении информации о совместимости, однако, как верно заметила Европейская комис-

¹⁷ Часть 7 ст. 76 Договора о Евразийском экономическом союзе; Критерии отнесения рынка к трансграничному, утв. решением Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 № 29; Консультативное заключение 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».



сия, права интеллектуальной собственности не могут сами по себе выступать «самоочевидным объективным оправданием»¹⁸.

В российской юрисдикции первым завершённым расследованием является дело против компании Google Inc. ФАС России признала компанию Google злоупотребляющей своим доминирующим положением на рынке предустанавливаемых магазинов приложений для ОС Android, локализованных для распространения на территории РФ¹⁹. В настоящий момент законность и обоснованность решения и предписания антимонопольного органа подтверждены в судебном порядке, заключено мировое соглашение.

Данное решение иллюстрирует подход к разрешению основных задач, возникающих перед антимонопольным органом в рамках расследований антиконкурентных практик на цифровых рынках.

Во-первых, антимонопольный орган пришел к выводу о наступлении весомых антиконкурентных эффектов на смежных (нижестоящих) рынках, что не позволило признать действия ответчика допустимыми по правилам «rule of reason» (ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции).

В частности, антиконкурентные практики Google заключались в установлении для производителей мобильных устройств ряда требований, носящих ограничительный характер, а именно:

- обязательная предустановка всего пакета приложений Google Mobile Services (GMS) совместно с магазином приложений Google Play («связывание», или «пакетирование»);
- обязательная настройка/предустановка поиска Google в качестве поиска по умолчанию;
- условие о преимущественном размещении предустанавливаемых приложений на главном экране мобильного устройства;
- запрет предустановки приложений и сервисов конкурентов, обеспеченный выплатой вознаграждения.

Следовательно, в данном деле негативные последствия нарушения выразились в создании искусственных барьеров для входа на рынок, вытеснении конкурентов с ряда смежных рынков, сокращении числа хозяйствующих субъектов — конкурентов на целом ряде товарных рынков. Так, конкурирующие разработчики приложений фактически были лишены возможности предустанавливать свои приложения и сервисы совместно с Google Play и на тех же условиях, что и приложения и сервисы Google. В результате создания барьеров доступа произошло вытеснение конкурентов с тех рынков, на которых обращаются приложения и сервисы из пакета GMS.

Во-вторых, правовой оценке подлежало соотношение понятий «действия хозяйствующего субъекта по злоупотреблению доминирующим положением» и «осуществление интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной

¹⁸ 2007/53/EC Microsoft, Commission Decision, 24 March 2004, COMP/C-3/37.792, [2005] 4 CMLR 965.

¹⁹ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15 ; постановление Деятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2016 № 09АП-20740/2016 по делу № А40-240628/2015.

деятельности» (ограждено соответствующим антимонопольным иммунитетом).

Проведя всестороннее расследование, антимонопольный орган справедливо установил, что антиконкурентные практики были возможны за счет рыночной власти над вендорами и выходили за пределы прав интеллектуальной собственности, в том числе поскольку:

- пакетирование и запрет предустановки приложений конкурентов в целом — выход за пределы интеллектуальных прав, который направлен на ограничение конкуренции;
- соглашения MADA — смешанный договор, в котором есть элементы дистрибуции и лицензионные требования;
- договоры RSA не регулируют предоставление интеллектуальных прав, а содержат рыночные ограничения для контрагента в отношении предустановки приложений и сервисов других разработчиков.

В-третьих, необходимо было разработать предписания с соответствующими требованиями, которые позволили бы обеспечить конкуренцию и устранить совершенное правонарушение с учетом глобальности деятельности ответчика и глобальности анализируемых практик.

Для восстановления конкуренции на рынке компании Google было выдано предписание об исключении из соглашений с производителями мобильных устройств, работающих под управлением ОС Android, предназначенных для введения в оборот на территории Российской Федерации, антиконкурентных требований, обеспечивающих эксклюзивность и приоритетность размещения приложений Google и ограничивающих установку приложений и сервисов других разработчиков, а также об информировании пользователей мобильных устройств о возможности деактивации предустановленных приложений Google, изменения поисковой машины в браузере Google Chrome, о возможности установки иного виджета поиска и установки иных приложений, изменения расположения иконок на экране устройства в форме уведомления, которое должно быть выведено на экран мобильного устройства.

Практика российского антимонопольного ведомства по расследованию дел в отношении транснациональных компаний, осуществляющих деятельность в цифровом секторе экономики, на текущий момент получила развитие. Одним из таких последних дел является дело против компании Microsoft Corp. В действиях компании ФАС России установила признаки нарушения запрета на злоупотребление доминирующим положением в части создания дискриминационных условий разработчикам иного антивирусного программного обеспечения (далее — ПО) при сокращении времени с 2 месяцев до 6 календарных дней для адаптации антивирусных программ сторонних разработчиков в отношении операционной системы Windows 10, в части бездействия по обеспечению своевременного двустороннего обмена информацией, введения усложненной процедуры обновления установленного антивирусного ПО, блокировки антивирусного программного обеспечения сторонних производителей и активации антивирусного ПО Windows Defender (разработчик — Microsoft Corp.) без надлежащего уведомления пользователей и получения их явного согласия.

Антимонопольный орган усмотрел также признаки нарушения ст. 14.2, 14.8 Закона о защите конкуренции, выразившегося в использовании при распростра-



нении ОС Windows 10 методов взаимодействия с пользователем, направленных на принятие этим пользователем решения об отказе от использования стороннего антивирусного ПО и активации антивирусного ПО корпорации Microsoft (Windows Defender). По итогам расследования выдано предупреждение, рассмотрение дела продолжается²⁰.

Как итог изложенного, мы полагаем, что особенности правоотношений на цифровых рынках влекут целесообразность разработки и внедрения наиболее эффективного правового механизма воздействия на правообладателя, злоупотребляющего своим исключительным правом, при соблюдении баланса между интересами отдельного правообладателя по реализации исключительных прав на интеллектуальный объект и защитой рыночных отношений, предпринимательства и общественных интересов.

Одним из таких шагов могли бы стать разъяснения Президиума ФАС России с учетом лучших мировых практик и подходов, выработанных российским регулятором, и принятие соответствующих разъяснений Президиумом ФАС России (guidelines).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Вознесенский Н., Гнусина Ю.* Возможно ли ограничение распоряжения результатами интеллектуальной деятельности нормами антимонопольного права? // Корпоративный юрист. — 2012. — № 6. — С. 25—30.
2. *Войниканис Е. А.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху : парадигма баланса и гибкости. — М. : Юриспруденция, 2013. — 552 с.
3. *Гаверилов Д.* Антимонопольное регулирование и охрана интеллектуальной собственности: поиск баланса // Конкуренция и право. — 2013. — № 3. — С. 15—21.
4. *Intellectual property and antitrust : handbook.* — American Bar Association, 2007.
5. *Vinje T.* The intellectual property and antitrust review. — London : Law Business Research Ltd., 2016.
6. *Wiebe A.* Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht. — Wien : Facultas, 2016.

²⁰ Определение ФАС России об отложении дела от 02.06.2017 № 1-00-168/00-11-16.