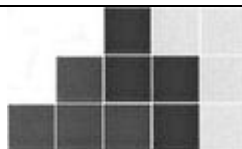




Ассоциация предприятий  
компьютерных и информационных  
технологий АПКИТ



Ассоциация Разработчиков  
Программных Продуктов  
«Отечественный софт»



Некоммерческое партнёрство  
«РУССОФТ»

№ 1902-МКС  
19 февраля 2020 г.

**Министру цифрового развития,  
связи и массовых коммуникаций  
Российской Федерации**

**М.И. ШАДАЕВУ**

Позиция ассоциаций  
о законопроекте ФАС  
в отношении РИД

### **Уважаемый Максут Игоревич!**

14 февраля 2020 г. Федеральная антимонопольная служба (ФАС России) направила на согласование в федеральные органы исполнительной власти проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный 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».

Обращаем Ваше внимание, что ФАС России почти ежегодно вносит предложения по поправкам в этот Федеральный закон от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Анализ предлагаемых данной службой поправок показывает, что их цель, по нашему мнению, не соответствует декларированной, а направлена на существенное расширение своих административных полномочий в отношении объектов интеллектуальной собственности и правообладателей.

Отраслевая Ассоциация предприятий компьютерных и информационных технологий (АПКИТ) и входящие в нее компании и объединения неоднократно обращали внимание профильных министерств и ведомств на опасность этой инициативы для развития рынка программного обеспечения (ПО) в России и, в частности, для отечественных разработчиков ПО.

Нецелесообразность принятия данного законопроекта связана не только

с тем, что это приведёт к ухудшению темпов развития инновационного сектора отечественной экономики, но и с достаточностью действующих механизмов антимонопольного регулирования пределов осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

В действующей редакции части 4 статьи 10 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) указано, что запрет на злоупотребление доминирующим положением не распространяется на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

Согласно части 9 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрет на антиконкурентные соглашения не распространяется на соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Таким образом, исключения из возможностей применения мер антимонопольного регулирования строго ограничены действиями по *осуществлению* интеллектуальных прав и соглашениями об их *предоставлении и (или) отчуждении*.

Обращаем внимание, что иные действия и соглашения, связанные с интеллектуальными правами, уже сейчас, исходя из существующих положений антимонопольного законодательства, могут входить в предмет контроля со стороны ФАС России. Это подтверждается судебной практикой, которая приведена в Приложении.

Таким образом, действующее законодательное регулирование уже в достаточном объёме позволяет ФАС России регулировать действия по осуществлению исключительных прав. Мы твёрдо убеждены, что продемонстрированная практика применения действующего антимонопольного законодательства способствует сохранению баланса интересов правообладателей и иных участников рынков результатов интеллектуальной деятельности, а предлагаемые изменения Закона о защите конкуренции приведут к нарушению стабильности гражданского оборота в рассматриваемой сфере.

Национальная программа «Цифровая экономика РФ» предусматривает большую работу по регулированию интеллектуальной собственности применительно к задачам цифровой экономики. В ней предусмотрена и разработка законопроектов по адаптации антимонопольного законодательства к целям цифровой экономики. Предлагаемое нововведение никак не решает задачи национальной программы, предусматривающей внесение изменений в нормативные правовые акты, устанавливающие

особенности регулирования прав на результаты интеллектуальной деятельности в цифровой среде, в том числе в части их защиты, а также дополнительных механизмов капитализации указанных результатов. По нашему мнению, предлагаемые ФАС России условия, вопреки положениям национальной программы повысят административную нагрузку.

Эксперты АПКИТ, АРПП «Отечественный софт» и РУССОФТ, объединяющие более 300 ведущих ИТ-компаний России и представляющие ИТ-отрасль, расценивают данный законопроект как удар по тем российским разработчикам / производителям, которые строят продажи через многоуровневый партнерский канал, применяют рекомендованные цены, и механизм отказов в заключении договоров при отсутствии соответствующих авторизаций / компетенций у конкретного партнера (развернутые аргументы приведены в Приложении).

В этой связи, от имени компаний-членов наших ассоциаций обращаемся к Вам с совместной просьбой **не поддерживать данный законопроект ФАС России.**

Приложение: на 5 л. в 1 экз.

С уважением,

КОМЛЕВ Н.В.

Исполнительный директор  
Ассоциации АПКИТ

ЛАШИН Р.Л.

Исполнительный директор  
АРПП «Отечественный софт»

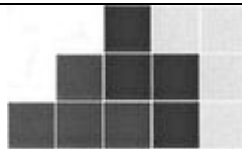
МАКАРОВ В.Л.

Президент  
НП РУССОФТ

Исполнитель: А. Баева  
+7 985 275-0055, [anna@apkit.ru](mailto:anna@apkit.ru)



Ассоциация предприятий  
компьютерных и информационных  
технологий АПКИТ



Ассоциация Разработчиков  
Программных Продуктов  
«Отечественный софт»



Некоммерческое партнёрство  
«РУССОФТ»

Приложение

**Перечь аргументов против принятия законопроекта ФАС России  
«О внесении изменений в Федеральный 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»**

1. Обращаем внимание, что иные действия и соглашения, связанные с интеллектуальными правами, уже сейчас, исходя из существующих положений антимонопольного законодательства, могут входить в предмет контроля со стороны ФАС России. Это подтверждается следующей судебной практикой:

Федеральный арбитражный суд Московского округа в постановлении от 1 февраля 2011 г. по делу № А40-3954/2010, оценивая положения предоставленной исключительной лицензии на использование интегральной микросхемы, указал, что хозяйствующие субъекты при вступлении в гражданско-правовые отношения должны руководствоваться не только нормами гражданского законодательства, но и учитывать нормы антимонопольного законодательства. Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации подтвердил указанный вывод по данному делу в постановлении от 29 ноября 2011 г.

Президиумом Верховного Суда Российской Федерации в постановлении от 9 ноября 2015 г. по делу № А40-42997/2014 было указано следующее: не опровергая прав патентообладателя на результаты интеллектуальной деятельности и их использование по своему усмотрению, судебные инстанции обоснованно указали на необходимость соблюдения компанией, осуществляющей поставки товара в Российскую Федерацию, установленных законодательством Российской Федерации правил и ограничений оборота товаров.

Конституционным Судом Российской Федерации также было установлено, что положения антимонопольного законодательства, в частности, статья 10 Закона о защите конкуренции, согласно которой

установленные в ней требования не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации продукции, работ или услуг, 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, влечёт отказ в правовой защите (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 февраля 2018 г. № 8-П).

Таким образом, действующее законодательное регулирование уже в достаточном объёме позволяет ФАС России регулировать действия по осуществлению исключительных прав.

2. Для того, чтобы обойти общую норму об иммунитете ИС, которая сохраняется в ч. 9 ст. 11 сконструирована отдельная статья, и специальные запреты в ней для программ и баз данных. Возможно, авторы законопроекта предполагают, что специальные запреты для программ и баз данных должны иметь большую силу, чем общая норма про иммунитет для ИС в целом.

3. Отсутствуют обоснования, какими примерами на практике вызваны эти предложения. В «Пояснительной записке» идет только констатация существенного возрастания роли интеллектуальной собственности в мире и Российской Федерации. В качестве примеров приводятся антимонопольные дела в отношении Microsoft, Booking.com и Amazon, инициированные за рубежом.

Во-первых, практика против Booking .com и Amazon.com не релевантна с теми мерами, что предлагаются в тексте законопроекта. В тексте законопроекта говорится о субъектах участника рынка программ для ЭВМ и баз данных (а не о рынке гостиничных услуг и дистанционной торговли товарами). Нет логического объяснения, почему авторы законопроекта выделили в качестве отдельного объекта давления на бизнес именно разработчиков / производителей программного обеспечения и баз данных.

Во-вторых, информации о том, что ФАС России смогла привлечь к ответственности Microsoft и Booking.com в России по действующему Закону

о защите конкуренции нет, что создает обманчивое впечатление о действительном состоянии защиты конкуренции в стране и законных возможностях ФАС России в отношении результатов интеллектуальной деятельности.

4. В тексте предлагается запрет *per se*. Три части новой статьи содержат три новых запрета. Именно запрета, а не формулировки "могут быть .. при определенных условиях ... признаны ограничивающими конкуренцию по иску / заявлению..". Это означает, что независимо от наличия или отсутствия вреда кому-либо, действия автоматически считаются противозаконными. Это беспрецедентное вмешательство в свободу распоряжения правами ИС с точки зрения известного нам международного опыта антимонопольного регулирования.

5. Введение жестких запретов усугубляется практическим отсутствием в новой ст. 11-2 исключений или возможности субъекта обосновать, что его действия не влияют на конкуренцию, например, таких исключений, которые есть в частях 4, 5 и 6 существующей статьи 11-1, или традиционно существовавшего исключения в ст. 12 касательно действия в рамках частного случая вертикальных соглашений - договора коммерческой концессии.

6. Законопроект представляет новую редакцию изменений в Закон о защите конкуренции, ранее не обсуждавшуюся с ИТ-индустрией.

7. Как и в предшествующих проектах, ФАС России активно ссылается на существующую в зарубежных правовых системах практику применения антимонопольного законодательства к действиям и соглашениям по использованию исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (Антимонопольные разъяснения о лицензировании интеллектуальной собственности, подготовленные Федеральной торговой комиссией и Министерством юстиции США в 1995 г.; Положение Европейской комиссии от 21.03.2014 N 316/2014 "О применении статьи 101 (3) Соглашения о функционировании Европейского союза к категориям соглашений о передаче технологий"; Разъяснения об использовании интеллектуальной собственности в соответствии с Антимонопольным законом, подготовленные Комиссией по честной торговле Японии в 2007 г., и др.)

Однако перечисленные документы не регулируют вопросы применения антимонопольного законодательства к РИД на уровне закона, чего добивается ФАС.

По сути, перечисленные документы ФАС России – это подходы, изложенные в форме разъяснений, т.е. определенных рекомендаций для судов, содержащих руководящие начала и ориентиры для оценки каждого конкретного случая.

**8.** Предложенные изменения противоречат регулированию интеллектуальной собственности в четвертой части ГК. Например:

- Сравним: пункт 2 части 2 ст.11-2 – запрет соглашений, если они могут привести к разделу рынка ПЭВМ и БД по территориальному принципу, и ч.3 ст.1235 ГК РФ.

В части 3 ст.1235 ГК РФ территория, на которой допускается использование РИД, является существенным условием лицензионного договора. Таким образом, любой лицензионный договор априори будет нарушать Закон о защите конкуренции в предлагаемой редакции.

- Сравним: пункт 4 части 1 ст.11-2 - запрещен отказ от заключения договора от предоставления программ и БД с определенными покупателями (заказчиками) – и абз.2 ч.1 ст.1229 ГК РФ.

Согласно абзацу 2 части первой ст.1229 ГК РФ правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Любой отказ в заключении лицензионного договора будет нарушать Закон о защите конкуренции.

- пункт 3 ч.2 ст.11.2 устанавливает запрет на соглашения о предоставлении прав использования РИД, если такие соглашения содержат ограничения по объему продажи, что фактически запрещает ограничивать в ЛД количество воспроизводимых экземпляров ПО/БД, что противоречит сути ЛД в ГК.

**9.** В ранних законопроектах уже использовалось понятие «товар, произведенный с использованием РИД». Эта формулировка была признана экспертами некорректной. Однако в этом законопроекте мы снова видим это понятие без каких-либо уточнений и пояснений.

**10.** Законопроект отдельно выделяет ПО и БД, что при недоказанности необходимости распространить положения Закона о защите конкуренции на РИД, и при отсутствии объяснения как антимонопольная служба будет оценивать условия лицензионных договоров, соответствующие ГК, требованиям Закона о защите конкуренции, приведет к избыточному регулированию оборота ПО и БД в РФ. Полагаем, что упоминание ПО и БД из законопроекта необходимо исключить.

**11.** Название статьи содержит указание о распространении статьи на исключительные права на РИД или средства индивидуализации, однако в тексте статьи 11-2 исключительные права не упоминаются, что в случае принятия изменений может породить споры и возможность привлечения к ответственности лицензиатов.

**12.** Законопроект предлагает разделить запрещенные соглашения и действия по предоставлению или распоряжению исключительными права на РИД на три группы:

- запрещенные соглашения между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу на одном товарном рынке ПЭВМ и БД, связанные с распоряжением правами на РИД, если они могут привести к определенным последствиям (группа 1)

- запрещенные соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении прав использования РИД, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции на рынке ПЭВМ и БД, если такие соглашения содержат определенные в части 2 ст.11-2 условия (группа 2);

Требуется тщательного анализа оценка круга хозяйствующих субъектов в частях первой и второй ст.11-2. Будет ли верным считать, что под часть первую ст.11-2 будут попадать соглашения только между правообладателями, под часть вторую соглашения между правообладателями и лицензиарами? Соглашения по части 2 ст.11-2 предложено сделать допустимыми, если не превышен 20-% порог доли каждого участника соглашения. Не ясно как считать долю лицензиара на рынке ПЭВМ и БД, если правообладатель будет обладать 20 % на рынке ПЭВМ и БД?

- запрет действий (бездействия) хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение на рынке ПЭВМ и БД, если они приводят или могут привести к допущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе к тем, которые перечислены в части 3 ст.11-2 (группа 3). Учитывая, что обладание исключительным правом на РИД признается «легальной монополией», то любые действия правообладателя ПЭВМ или БД можно будет признавать запрещенными действиями субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке ПЭВМ и БД.

**13.** Проект не дает понятие, что является «одним товарным рынком ПЭВМ и БД» (абзац первый части 1 ст.11-2)?