

Нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности как вид недобросовестной конкуренции

*Александр Курдин¹
научный сотрудник экономического факультета
МГУ имени Ломоносова, зам. зав. кафедрой конкурентной и
промышленной политики,
старший научный сотрудник РАНХиГС при
Президенте РФ, к. э. н.
Анастасия Комкова²
младший научный сотрудник экономического факультета
МГУ имени Ломоносова
младший научный сотрудник РАНХиГС при Президенте РФ*

Аннотация

Авторы статьи исследуют теоретические и прикладные подходы к анализу недобросовестной конкуренции в применении к рынкам объектов интеллектуальной собственности. В работе предлагается оригинальная классификация видов недобросовестной конкуренции на базе соответствующих им типов асимметрии информации и оппортунистического поведения и обосновывается необходимость учета всех выделенных видов, в частности нарушения прав на результаты интеллектуальной деятельности, в рамках разработки конкурентной политики. Авторы оценивают существующие в России механизмы противостояния недобросовестной конкуренции и дают рекомендации по их развитию.

Ключевые слова: недобросовестная конкуренция, конкурентная политика, интеллектуальная собственность

JEL коды: L40, O34, L20

¹ Курдин Александр Александрович: aakurdin@gmail.com

² Комкова Анастасия Андреевна: nastya.komkova@gmail.com

1. Подход к определению и классификации видов недобросовестной конкуренции

Одной из активно обсуждаемых проблем развития конкурентной политики в последние месяцы является совершенствование подходов к борьбе против недобросовестной конкуренции. В российской антимонопольной и судебной практике недобросовестная конкуренция чаще всего ассоциируется с дискредитацией конкурентов или некорректным превознесением собственной продукции. Вместе с тем состав поведения, квалифицируемого как недобросовестная конкуренция, может быть определен существенно шире.

В данной работе мы отстаиваем тезис о том, что одна из наиболее болезненных для российской экономики проблем – нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности (к примеру, в рейтинге Всемирного экономического форума по защите интеллектуальной собственности Россия в 2014 г. расположилась на 107 позиции из 144 стран (World Economic Forum, 2014, p. 407)) – также может и должна рассматриваться с точки зрения недобросовестной конкуренции. В связи с этим меры конкурентной политики на рынках результатов интеллектуальной деятельности (РИД) и товаров, основанных на интенсивном использовании РИД, должны, во-первых, строиться с учетом присутствия данного вида конкуренции, во-вторых, включать в свой состав мероприятия по предотвращению недобросовестной конкуренции, связанной именно с нарушением прав на РИД.

Статья построена следующим образом. В первой части вводится авторская типология форм недобросовестной конкуренции, позволяющая рассмотреть нарушение интеллектуальных прав как недобросовестную конкуренцию, что на данный момент далеко не всегда встречается на практике. Во второй части предлагается более подробное теоретическое обоснование взаимосвязи между поддержкой режима интеллектуальной собственности, с одной стороны, и конкуренцией, с другой стороны, показывающее конкретные механизмы влияния нарушения интеллектуальных прав на характер конкуренции. В третьей части рассматриваются способы предотвращения негативных эффектов недобросовестной конкуренции вследствие нарушения интеллектуальных прав, существующие помимо обычных нормативных запретов на такие нарушения, и предлагаются пути развития этого инструментария.

Возможность недобросовестной конкуренции способна существенно повлиять на структуру рынка, поведение его участников и результаты их взаимодействия. Традиционно в

неоклассические модели структуры рынков не включают возможности оппортунистического поведения экономических агентов. Но методологический подход новой институциональной экономической теории требует рассмотрения стимулов к оппортунистическому поведению и включения этой альтернативы в число возможных рыночных стратегий. Концепция недобросовестной конкуренции активно применяется на практике, в первую очередь антимонопольными органами как России, так и зарубежных стран. Защита от недобросовестной конкуренции является частным случаем защитной конкурентной политики, являющейся прерогативой антимонопольных служб. Защитная конкурентная политика в свою очередь входит в общую конкурентную политику (Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., 2010).

Особую актуальность вопросы противодействия недобросовестной конкуренции приобретают в условиях недостаточно развитых возможностей защиты участниками рынка своих прав в спорах между конкурентами и контрагентами с помощью частных или публичных механизмов принуждения к исполнению законодательства и контрактных обязательств. Иными словами, проблема недобросовестной конкуренции актуализируется в условиях отсутствия верховенства права (или при режиме “lawlessness” в терминологии А. Диксита (Dixit A., 2004)), а также отсутствия подкрепления неформальными институтами формальных правил.

Концепция недобросовестной конкуренции тесно связана с концепцией интеллектуальной собственности (ИС), хотя проблематика первой шире, чем проблематика второй. В международном праве концепция недобросовестной конкуренции (unfair competition) нашла отражение в рамках Парижской конвенции о защите промышленной собственности, которая является видом интеллектуальной собственности. Одним из наиболее распространенных и всеми признанных видов недобросовестной конкуренции является нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности, другим – неправомерное использование чужих торговых марок, на которые – как на средства индивидуализации – также распространяются интеллектуальные права. Остальные виды недобросовестной конкуренции также могут быть связаны с интеллектуальными правами. Но в контексте двух указанных проблем представляется очевидным, что недобросовестная конкуренция может быть особенно ярко выраженной в сфере прав на результаты интеллектуальной деятельности, а также товаров и услуг, произведенных с использованием прав на результаты интеллектуальной деятельности (IPR³ -intensive), таких как, например, диски с программным обеспечением или с аудио- и видеозаписями, книги, лекарственные средства,

³ IPR – Intellectual property rights (англ.), интеллектуальные права.

микросхемы. В данной работе мы рассматриваем указанные категории благ в комплексе, обобщая их под названием *объекты интеллектуальной собственности*. Строго говоря, это не вполне точно с юридической точки зрения, поскольку обычно в соответствии с правовыми нормами, в том числе в соответствии с российским законодательством (ст. 1227 Гражданского кодекса РФ), интеллектуальные права не распространяются на материальные носители, в которых выражены собственно результаты интеллектуальной деятельности. Но поскольку обращение этих носителей – к примеру, тиражирование дисков, книг или таблеток – тесно увязано с правами интеллектуальной собственности на заключенные в них результаты интеллектуальной деятельности, мы полагаем, что с экономической точки зрения эти носители имеют отношение к интеллектуальной собственности. Эти объекты часто характеризуются высокой степенью дифференциации, что обуславливает и значительную роль средств индивидуализации на соответствующих рынках.

Под недобросовестной конкуренцией в российских и мировых исследованиях и нормативно-правовых актах подразумевается широкий спектр видов оппортунистического поведения фактических и потенциальных участников товарных рынков, наносящего вред конкурентам и/или потребителям в процессе соперничества на рынке, за рынок или в связи с входом на рынок (выходом с рынка). Точное определение недобросовестной конкуренции дать затруднительно ввиду отсутствия на этот счет международного консенсуса. А. Кур, профессор немецкого Института инноваций и конкуренции Макса Планка, в недавнем исследовании отмечает, что на вопрос о понимании недобросовестной конкуренции в обыденной речи и о возможности включения этой концепции в правовую систему в разных странах будет получен разный ответ. Причем этот ответ может пролить не так много света на суть недобросовестной конкуренции. Так, в Великобритании недобросовестная конкуренция как таковая зачастую не рассматривается как правонарушение, хотя отдельные ее виды вполне могут подлежать санкциям. В континентальной Европе концепция недобросовестной конкуренции признается юридическим сообществом, но «понятие недобросовестной конкуренции и ее место в правовой системе остаются несколько загадочными, по крайней мере, с позиций сравнительного анализа» (Lee N., Westkamp G., Kur A., Ohly A., 2014, p. 12).

Важно указать, что недобросовестная конкуренция как оппортунистическое поведение основана на наличии асимметрии информации. В различных классификациях (Arrow K. 1984; Rasmusen E., 2001; Laffont J.-J., Martimort D., 2002; Фуруботн Э., Рихтер Р., 2005; Аузан А (ред.), 2011; Шаститко А. Е., 2010) выделяются несколько типов асимметрии информации, которые можно свести к четырем типам:

1) скрытые характеристики благ и контрагентов (в различных источниках – скрытая информация, скрытые знания *ex ante*);

2) скрытые действия контрагентов;

3) скрытая информация (неравенство в доступе к информации *ex post*, во время осуществления отношений с партнером);

4) скрытые намерения.

Данные типы асимметрии информации порождают три модели оппортунистического поведения.

1. Скрытые характеристики не дают возможности одной из сторон *ex ante* выявить качество предмета сделки и тем самым повышают риск купить некачественный товар у недобросовестного продавца, что создает предпосылки для формирования «ухудшающего отбора», то есть вытеснения качественных товаров (Akerlof, 1970).

2. Скрытая информация и скрытые действия в данной классификации возникают после заключения контракта: этот тип асимметрии позволяет одному из партнеров скрывать информацию о выполнении контракта с его стороны или тайно выполнять действия, наносящие ущерб другому партнеру или не приносящие последнему должной выгоды. Это порождает модель оппортунистического поведения, названную «отлыниванием».

3. Наконец, существование скрытых намерений подразумевает возможность заключить контракт специально с целью связать руки контрагенту, чтобы потом воспользоваться его положением в своих целях. Соответствующая модель оппортунистического поведения называется «вымогательством».

Перечисленные модели оппортунистического поведения могут проявляться на рынках объектов интеллектуальной собственности. Таким образом, приведенная классификация может быть взята за основу выделения соответствующих типов недобросовестной конкуренции на этих рынках:

1. Один из наиболее распространенных типов недобросовестной конкуренции связан с распространением ложной информации о товаре (собственного или чужого производства) и о производителе товара, включая и продажу товара собственного производства под чужой торговой маркой. В широком смысле слова это оппортунистическое поведение базируется на асимметрии информации в виде скрытых характеристик. Сюда могут быть причислены нарушения, попадающие под пп. 1, 2, 3 ч. 1 ст. 14 российского закона «О защите конкуренции», а также п. 4 ч. 1 ст. 14 в части неправомерного использования средств индивидуализации. Это поведение порождает проблему ухудшающего отбора и сопутствующие ей последствия. Далее мы называем этот тип *информационной недобросовестностью*.

Проиллюстрируем это на примере распространения антивирусной программы. Допустим, в стране существует широко известный и высококачественный «Антивирус

Айболит». Если другое предприятие начинает выпускать антивирусную программу и заведомо необоснованно объявляет, что она лучше «Антивируса Айболит» или что «Антивирус Айболит» стал недостаточно хорош, или просто неправомерно снабжает свою продукцию этикеткой «Антивирус Айболит» – это пример недобросовестной конкуренции первого типа. Недобросовестный предприниматель занимается сокрытием или искажением характеристик товаров.

2. Второй тип недобросовестной конкуренции подразумевает нарушение заранее оговоренных, общепринятых и/или предусмотренных законом правил взаимоотношений конкурентов (которые могут также быть и покупателями), включая полное или частичное использование чужих достижений в сфере результатов интеллектуальной деятельности для целей собственного предприятия. Этот тип основан на асимметрии информации в виде скрытых действий или скрытой информации. Сюда можно отнести нарушения, предусмотренные пп. 4 (в части результатов интеллектуальной деятельности), 5 ч. 1 ст. 14 российского закона «О защите конкуренции», то есть распространение товаров, «если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности», а также «незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну». Принципиальное отличие этого типа от предыдущего состоит в том, что в данном случае происходит непосредственное похищение результатов интеллектуальной деятельности.

Проиллюстрируем опять же на примере производителя антивирусных программ. Если предприятие покупает «Антивирус Айболит» и после установки получает, в том числе, доступ к антивирусным базам данных, а потом начинает втайне делать копии самой антивирусной программы и антивирусных баз данных без разрешения правообладателя и в дальнейшем продавать их (пусть даже существенно дешевле, так что все понимают, что это незаконные копии, т. е. характеристики товара понятны) – то это недобросовестная конкуренция второго типа.

3. Третий тип недобросовестной конкуренции основан на асимметрии информации в виде скрытых намерений. Примером может стать широко обсуждаемая за границей и в меньшей степени в России проблема *притворной тяжбы* (*sham litigation*) или судебного разбирательства, мотивом которого является не восстановление права, а ведение борьбы против конкурентов.

Например, если предприятие начинает на каком-либо несправедливом основании оспаривать авторские права создателей «Антивируса Айболит», то это третий тип недобросовестной конкуренции по нашей классификации.

Разработанная типология позволяет разграничить проблемы недобросовестной рекламы и размывания торговой марки, с одной стороны, и проблемы непосредственного нарушения интеллектуальных прав, с другой стороны.

Введение этой типологии важно для обоснования квалификации нарушения интеллектуальных прав именно как недобросовестной конкуренции. Часто такие нарушения либо рассматриваются отдельно от недобросовестной конкуренции, либо – еще чаще – связываются с недобросовестной конкуренцией только в отдельных аспектах. Так, производство и распространение контрафактной продукции зачастую не рассматриваются как недобросовестная конкуренция, что порождает значительные дискуссии вокруг отношения антимонопольного органа к этой проблеме.

В данной статье мы подробнее рассматриваем проблему недобросовестной конкуренции, связанную именно с незаконным использованием прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Вопрос соотношения защиты против недобросовестной конкуренции и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности нередко понимается в литературе как специфический по различным типам интеллектуальной собственности, видам нарушений и зависящий от общего контекста поведения лиц. На первый взгляд может показаться, что эти две сферы имеют существенные различия, так как права интеллектуальной собственности, как правило, нуждаются в регистрации и подтверждении со стороны специальных ведомств, что означает наличие единых правил, а защита от актов недобросовестной конкуренции основывается не на «списке прав и обязанностей добросовестных фирм», а на признании общего принципа, что «нечестное поведение фирм запрещено». Тем не менее, связь между защитой от недобросовестной конкуренции и правами на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации начинает прослеживаться, если принять во внимание относительно новую трактовку определения «интеллектуальной собственности», о чем пойдет речь далее.

2. Права интеллектуальной собственности как основание для конкуренции

Существует много подходов к определению интеллектуальной собственности: от простого перечисления компонентов, входящих в ее состав, до объяснения сущности через связь с идеями или инновациями. Проблема этих подходов в том, что к объектам интеллектуальной собственности относятся довольно разные по своей сущности результаты интеллектуальной деятельности, и соответственно, в связи с этим затруднен поиск «общего

знаменателя». В конечном счете, определения, сформулированные исследователями, судебной или законодательной властью, либо слишком узкие, и не в состоянии охватить все виды результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, либо слишком широкие и могут включать в себя те сферы, которые не входят в исследуемую и регулируемую область.

Традиционно определения интеллектуальной собственности строятся на основании одного из трех подходов:

1. Перечисление входящих в состав интеллектуальной собственности компонентов и способов защиты

Определение через перечисление компонентов избавляет ученых от необходимости поиска «общего знаменателя». К интеллектуальной собственности принято относить 4 больших раздела: (1) патенты, (2) секреты производства, (3) средства индивидуализации (эти три категории обычно лежат в плоскости «производственной интеллектуальной собственности») и (4) результаты интеллектуальной деятельности, защищенные авторским правом. Однако это лишь упрощение, которое обычно принимается в теоретической литературе, в нормативно-правовых актах упоминаются и иные виды результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации (например, права на топологию интегральных микросхем или смежные права).

Проблема состоит в том, что любой подобный перечень всегда будет неполным, так как область интеллектуальной собственности динамически развивается. Таким образом, сферу применения законов о защите интеллектуальной собственности приходится постоянно расширять путем добавления новых компонентов. Также верно и обратное: множество типов результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации устарело и не используется, так что такие списки быстро теряют актуальность.

2. Использование связи интеллектуальной собственности с идеями, продуктами человеческого разума и интеллектуальной деятельностью.

Многие авторы связывают общую сферу защиты интеллектуальной собственности с идеями или плодами человеческого разума, при условии, что у них есть коммерческая стоимость (McCarthy, J. T., Schechter, R. E. Franklyn, D. J., 2005, p. 308). Однако важно признать, что данное сравнение не всегда корректно: с одной стороны, не все идеи защищаются правами интеллектуальной собственности: например, телефонный справочник, хотя в его основе лежат иные результаты интеллектуальной деятельности: от создания телефона до узнаваемого «бренда» – желтых страниц.

3. Ассоциация интеллектуальной собственности с изобретательством и творчеством

В основном данный подход можно встретить в определениях, сформулированных в официальных соглашениях и прочих нормативных актах, связанных с интеллектуальной собственностью. Например, соглашение ТРИПС (ст. 7) гласит: «Охрана и обеспечение соблюдения прав интеллектуальной собственности должны содействовать техническому прогрессу и передаче и распространению технологии...». Также можно выделить ряд теоретических работ с близким подходом (Bishop, M., 2009, p. 172–173; Stiglitz, J. E., Charlton, A., 2005, p. 141), но необходимо отметить, что все разнообразие форм интеллектуальной собственности нельзя отнести только лишь к этому признаку. Например, в названии минеральной воды «Боржоми», добываемой в одноименном городе, нет ничего творческого, однако оно защищено как наименование места происхождения товара, что приравнивается к интеллектуальной собственности.

Однако в последнее время были сделаны первые шаги в сторону единой теории интеллектуальной собственности и попытки дать унифицированное определение. В своей работе «Toward a Unified Theory of Intellectual Property: The Differentiating Capacity (and Function) as the Thread That Unites All its Components» Нуно Карвальо приходит к общему определению через возможность дифференциации нематериальных активов. Автор выделяет три главные отличительные черты интеллектуальной собственности:

- нематериальный характер активов интеллектуальной собственности;
- потенциал по дифференциации;
- возможность использования в производственной деятельности.

Конечное определение выглядит следующим образом: «интеллектуальная собственность – это набор принципов и правил, регулирующих приобретение, использование и передачу прав по возможности дифференциации нематериальных активов, которые могут быть использованы в конкурентном производстве и обращении товаров и услуг» (Carvalho, N., 2012, p. 255). Стоит отметить, что Карвальо делает акцент преимущественно на ту категорию активов, которые тем или иным образом затронуты в производстве товаров и услуг. Однако принцип дифференциации применим и к прочим категориям объектов интеллектуальной собственности.

Следовательно, интеллектуальная собственность будет существовать везде, где существует рыночная экономика, потому что именно интеллектуальная собственность охватывает все нематериальные элементы, которые способствуют дифференциации продавцов и производителей, а также их продуктов и услуг. Интеллектуальная собственность позволяет потребителям отличать один товар или услугу от других, и тем

самым позволяет осуществлять выбор. По сути, нет никакой разницы в защите знаний, выраженных в продукте, который может спасти жизни миллионов людей, и знаний о качествах определенных поставщиков зерна. Во всех этих случаях знание и информация могут быть определяющим фактором для предпочтения клиентами того или иного производителя.

Новизна, наличие изобретательского уровня, оригинальность, самобытность, конфиденциальность (или секретность) являются синонимами дифференциации. Можно дать определение и «от обратного»: запрещенные, нечестные практики и действия могут приводить к копированию вплоть до степени смешения, подражанию, плагиату, обману и подрыву репутации. Следовательно, проблема недобросовестной конкуренции состоит в том, что эти действия устраняют возможность дифференциации. Если одна компания просто начнет *копировать* продукты другой компании без добавления чего-либо «нового», то покупатели не смогут распознать отличия между этими товарами. Поэтому недобросовестной фирме в этой ситуации придется вносить какие-либо изменения: в форме более низких цен, иной системы поставок и распространения, технической поддержки или качества. Все эти дифференцирующие факторы могут внедряться с привлечением интеллектуальной собственности.

Данное суждение предполагает рассмотрение рынков (как самих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, так и товаров, произведенных с их интенсивным использованием) с точки зрения модели несовершенной (монополистической) конкуренции: именно обладание той или иной интеллектуальной собственностью позволяет производителю излишек (ренту), недоступный при совершенной конкуренции. Для покупателей, как уже отмечалось ранее, наличие брендов, авторства или узнаваемого технического решения упрощает выбор при покупке и «привязывает» их к продукции того или иного производителя. Интеллектуальная собственность во всех ее проявлениях по своей сути гарантирует, что различия между продуктами не будут устранены безбилетниками, желающими получить излишек производителя, не участвуя при этом в издержках создания оригинального продукта. В случае нарушения прав интеллектуальной собственности подрываются стимулы к конкуренции и борьбе за нишу на рынке, а также к инновационной деятельности. Безусловно, рассмотрение рынка результатов интеллектуальной деятельности как рынка монополистической конкуренции является лишь определенным упрощением, позволяющим применять сопоставимые научные методы. Можно сказать, что данный метод предполагает анализ на отраслевом уровне: автор-фантаст конкурирует с иными авторами, пишущими в этом жанре, товарный знак шоколада – с брендами на рынке конфет, запатентованная

технология, применяемая в телефонной индустрии, – с подобными патентами в этой же отрасли. Ситуация совершенно аналогична, если брать в расчет не только сами РИД, но и товары произведенные с их помощью. Именно дифференциация помогает отделить один товар от другого, демонстрируя отличия у товаров-конкурентов.

В литературе имеется предположение, что «усиление защиты прав интеллектуальной собственности должно применяться на рынках с сильной концентрацией» (Yoon, C. S., 2004, p. 223). Довод в пользу данного утверждения следующий: более высокий уровень защиты стимулирует вход новых участников рынка, что повышает конкуренцию и, соответственно, снижает уровень цен. Однако, как утверждает Карвальо, это работает только в том случае, когда защищенными являются существенные отличия, а незначительные не должны быть защищены интеллектуальной собственностью ради возможности продвижения новых участников рынка.

Дифференциация в области интеллектуальной собственности связана с еще более глубокой концепцией – «альтернативности изобретений» (Carvalho, N., 2012, p. 257). В соответствии с этой концепцией каждое техническое изобретение человека по своей природе является неединственным решением какой-либо существующей проблемы. То есть не исключена ситуация, когда компания-конкурент изобретет альтернативный способ производства, никак не нарушающий уже существующие патенты, или программисты пишут исходные коды, решающие одну и ту же проблему, но разными способами. С помощью этой концепции можно объяснить, почему не подлежат защите, в частности, научные открытия – альтернативного «способа» изобрести не дано самой природой, а, следовательно, открытие должно принадлежать всему человечеству. Данный подход использовался и в судебной практике (например, дело *Le Roy v Tatham* (1852), где была совершена попытка запатентовать не сам принцип работы машины по изготовлению труб, а абстрактную идею производства труб и трубок, что было отвергнуто судом).

Отсюда следует следующее утверждение: любой патент можно обойти (то есть само по себе существование одного патента говорит о том, что возможно найти альтернативные решения), при этом поступив как вполне честный конкурент. Вот почему обладание патентом (так же как и остальными типами интеллектуальной собственности) является далеко не тождественным обладанию монопольной властью: частичное раскрытие информации при регистрации патента, возможно, даже некоторым образом стимулирует дальнейшую изобретательскую деятельность в попытках найти более простое или дешевое решение для привлечения клиентов. Соответственно, нарушение принципа честной конкуренции может ставить под вопрос стимулы к инновационной деятельности: как и у «нечестной фирмы», которая снижает собственные издержки путем недобросовестной

конкуренции, так и у «честной фирмы», страдающей от недополучения прибыли или выгод от экономии на масштабе.

Продукты и услуги также могут быть дифференцированы с помощью средств индивидуализации: товарных знаков (индивидуальных или коллективных), знаков обслуживания, наименований мест происхождения товара, знаков соответствия. Как правило, в литературе обращают внимание на то, что данные знаки помогают покупателям делать осознанный выбор без необходимости полного исследования рынка каждый раз перед покупкой. Бренды снижают транзакционные издержки по поиску информации для покупателей (Landes, W.M., Posner R.A., 1987; Шаститко А.Е. (ред.), 2000), гарантируют привязку части покупателей, а, следовательно, некоторую гарантию качества со стороны производителя (в частности, это касается и франшиз с их установленными стандартами). Принцип альтернативности также может пояснить, почему отдельные слова, словосочетания или иные символы нельзя зарегистрировать в качестве средства индивидуализации.

Никакой товарный знак не может быть зарегистрирован и/или защищен, если он ставит в затруднительное положение существовавших ранее конкурентов на этом рынке. Более того, размывание прав собственности на средства индивидуализации может происходить в случае копирования (как правило, с небольшими, едва уловимыми изменениями) логотипа или иного отличительного знака крупной узнаваемой фирмы. Как правило, такие действия принято относить к недобросовестной конкуренции, так как в этом случае происходит «запутывание» клиента: надеясь на определенный уровень качества, покупатель приобретает товар с иными (чаще всего худшими) характеристиками. Знаки соответствия⁴, как правило, связаны с защитой прав потребителей, и их функциональность с точки зрения дифференциации может быть поставлена под сомнение, так как продукция/услуга, соответствующая определенному уровню качества или стандарту, может породить однородность. Но, в конечном счете, такие знаки все же помогают отличать один продукт от другого: по крайней мере, в рамках категорий прошедших проверку качества и не прошедших таковую.

Пресечение недобросовестной конкуренции должно гарантировать, что конкуренты будут играть по установленным правилам. Роль интеллектуальной собственности как института состоит не только в том, чтобы гарантировать различия между товарами, но и в том, чтобы ставить ограничения на допустимое поведение в бизнес-среде. Ожидаемое благоприятное поведение конкурентов подразумевает, что акторы относятся с уважением к специфическим нематериальным активам других и не пытаются ввести в заблуждение

⁴ Знаки соответствия ставятся на товарах, соответствующих тому или иному сертификату, лицензии или ГОСТу.

потребителей, устраняя различия, которые отличают их от конкурентов. Интеллектуальная собственность и уважительное отношение к интеллектуальной собственности относится к вопросу честных практик, так как в современных условиях доступности информации, снижения стоимости её поиска и копирования, развития технических возможностей возрастают стимулы к недобросовестной конкуренции.

Важно заметить, что исторически интеллектуальная собственность была тесно связана с правилами, касающимися соблюдения стандартов (Carvalho, N., 2012, p. 257), и эти институты были направлены против мошенничества. На сегодняшний момент данные области представляют собой отдельные отрасли права (права потребителей и интеллектуальная собственность), но их до сих пор связывает общий элемент – поиски защиты от недобросовестных практик. Например, согласно Швейцарскому федеральному закону против недобросовестной конкуренции от 19 декабря 1986 г. (Swiss Federal Law against Unfair Competition) являются незаконными обман потребителей относительно цены товаров с помощью подарков или ограничение свободы выбора потребителя при использовании агрессивных методов продаж (статьи 3(g) и (h)).

Закон Великобритании о торговых марках 1994 года (UK Trademarks Act 1994) дает полномочия местным организациям по стандартам на обыск и изъятие товара в случаях нарушения товарного знака (раздел 93). Кроме того, «Типовые положения ВОИС⁵ о защите от недобросовестной конкуренции (WIPO Model Provisions on Protection Against Unfair Competition)» предусматривают наказание за действия, вводящие в заблуждение общественность относительно «(I) процесса производства продукта; (II) пригодности продукта или услуги для определенной цели; (III) качества либо количества, либо иных характеристик продуктов или услуг; (IV) цены товаров или услуг или способа, которым она рассчитана». Это примеры положений, которые защищают потребителей прямо, а косвенно направлены на подавление недобросовестной конкуренции, которая является неотъемлемой частью промышленной собственности (статья 1.2 Парижской конвенции).

Принцип дифференциации генерирует два ограничения для законодателей. Во-первых, необходимо решить, какие именно виды и типы интеллектуальной собственности должны быть защищены, учитывая социальные, экономические и моральные аспекты. Например, защита прав на результаты интеллектуальной деятельности в фармацевтической сфере являлась существенной проблемой во многих странах-экспортерах лекарственных средств, пока соглашение ТРИПС не решило эту проблему на многостороннем уровне, хотя это решение также не является бесспорным. Спор продолжается в отношении

⁵ ВОИС – Всемирная организация интеллектуальной собственности.

нематериальных активов, которые по своей сути попадают под принципы дифференциации и альтернативности, но общество, по той или иной причине, пока что оставляет их вне института интеллектуальной собственности, что приводит к негативным результатам, в том числе и недобросовестной конкуренции. Это относится и к традиционным знаниям, и к некоторым биотехнологическим изобретениям, и к некоторым средствам индивидуализации (например, возможность зарегистрировать в качестве отличительного знака один цвет). Второе ограничение касается уровня защиты. Необходимо помнить, что интеллектуальная собственность в какой-то мере стимулирует конкуренцию, но излишнее применение защитных мер не способствует эффективному распределению ресурсов. Конкуренты будут искать обходные пути, которые, скорее всего, будут являться недобросовестными в рамках чересчур строгого законодательства. С другой стороны, в современной экономике нельзя отказаться от защиты подлинных различий между товарами. По сути, поиск баланса между стимулом к изобретательству и доступом к информации является процессом, схожим с установлением рамок добросовестных и недобросовестных практик.

3. Защита от недобросовестной конкуренции

Признание важности такого аспекта недобросовестной конкуренции, как нарушение интеллектуальных прав, требует развития соответствующего защитного инструментария, который может быть связан далеко не только с привычными, широко распространенными правовыми запретами в сфере интеллектуальной собственности.

При рассмотрении защиты от недобросовестной конкуренции с использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг, которые обычно приравнивают к объектам интеллектуальной собственности, важно отметить, что данные способы будут несколько отличаться от способов защиты других объектов интеллектуальной собственности.

Во втором случае можно выделить три способа: техническая защита, морально-ценностный механизм и правовая защита (Шаститко А., Курдин А., Комкова А., 2014, с. 21–33).

Техническая защита, как правило, направлена на недопущение полного копирования интеллектуальной собственности, в то время как для недобросовестной конкуренции достаточно имитации схожести с оригинальным продуктом.

Добросовестное конкурентное поведение основывается, в том числе, на приверженности компаний правилам бизнес-этики, как части морально-ценностного механизма всего общества. Бизнес-этика может касаться четырех видов взаимодействия: 1) с покупателями, 2) с работниками компании, 3) с государством (регулирующими органами) и

4) с другими фирмами (в том числе с конкурентами). Недобросовестное поведение в той или иной мере затрагивает интересы всех четырех вышеперечисленных групп. Например, покупатели находятся в ситуации асимметрии информации, когда политика фирмы направлена на такие действия, которые приводят к путанице относительно принадлежности товара или услуги, их качества или уровня обслуживания. Работники фирмы, как правило, осведомлены о «недобросовестной» деятельности компании, что несет в себе определенную моральную нагрузку, однако это является, скорее, косвенным влиянием. Государство вынуждено нести издержки, связанные с политикой предотвращения недобросовестной конкуренции, а конкуренты непосредственно являются пострадавшей стороной. Таким образом, развитие политики добросовестной конкуренции в этом отношении может проходить сразу по нескольким направлениям: распространения стандартов честности и социальной ответственности по отношению к потребителю, добропорядочного отношения к выполнению защищаемых государством норм, этических правил взаимодействия с конкурентами и нелояльности сотрудников к правонарушениям руководства компании.

Переходя к правовой защите от недобросовестной конкуренции, порождаемой нарушением интеллектуальных прав, важно помнить двоякую основу такого конфликта: с одной стороны, каждое дело представляет собой защиту интересов конкретной компании/автора, права которых были нарушены, но, с другой стороны, такое дело имеет общественный характер, так как пострадавшей стороной могут быть покупатели и иные компании. В российском законодательстве такая двоякость отражается в том, что дела о недобросовестной конкуренции могут быть рассмотрены как в административном порядке, так и через систему судов. Причем с 2011 г. появился специализированный Суд по интеллектуальным правам РФ.

Ответственность по защите от недобросовестной конкуренции в административном порядке возложена на Федеральную антимонопольную службу, уполномоченную в соответствии со ст. 23 Федерального закона «О защите конкуренции». Российское законодательство предусматривает, что к правонарушителям могут быть в данном случае применены меры как гражданско-правовой, так и административной ответственности.

Более того, ВАС РФ в пп. 20 и 21 Постановления Пленума от 30.06.2008 г. № 30 указывает, что право выбора судебного или административного порядка защиты своего нарушенного или оспариваемого права принадлежит субъекту спорных правоотношений. Таким образом, истец может обратиться в любой из органов, а органы, в свою очередь, не могут отказать в рассмотрении, ссылаясь на отсутствие рассмотрения в ином органе. В то же время в случае подачи заявления как в суд, так и в Федеральную антимонопольную службу судебное разбирательство будет отложено до вынесения решения ФАС России. В случае

доказанной вины «недобросовестной» компании к ней могут быть применены нормы гражданско-правовой ответственности.

Таким образом, российское законодательство предоставляет достаточно широкий спектр правовых возможностей для защиты интересов правообладателя от недобросовестной конкуренции, некоторые из них направлены исключительно на восстановление нарушенных прав, другие, такие как выплата компенсации, имеют свойство штрафных санкций.

В отличие от судебной системы, Федеральной антимонопольной службе предоставлен более широкий круг полномочий:

1. Возможность проведения расследований и возбуждения дел о недобросовестной конкуренции самостоятельно по собственной инициативе (п. 3 ч. 2 ст. 39 Закона «О защите конкуренции»). «Самостоятельному выявлению фактов недобросовестной конкуренции способствует наличие у антимонопольного органа на основании статей 25.1–25.5 Закона «О защите конкуренции» полномочий по проведению инициативных плановых и внеплановых проверок хозяйствующих субъектов на предмет соблюдения ими требований законодательства о защите конкуренции, в том числе во взаимодействии с правоохранительными органами» (Гаврилов Д.А., 2014, с. 52).

2. ФАС России не ограничена только лишь доказательствами, предоставленными сторонами, и вправе по собственной инициативе запрашивать у любых лиц сведения, как-либо связанные с делом.

3. ФАС России вправе взаимодействовать с иными органами государственной власти, например, с таможенными органами (в частности, для установления статуса импортеров) или с Федеральной службой по интеллектуальной собственности для получения консультаций.

В России, таким образом, достаточно широко применяются административные способы защиты участников рыночных отношений от актов недобросовестной конкуренции. Однако существует мнение, что административный способ защиты от недобросовестной конкуренции в России является излишним из-за «достигнутого уровня конкурентных отношений и необходимостью сосредоточения внимания антимонопольных органов на антимонопольных делах, затрагивающих, как правило, публичные интересы, то есть интересы всего общества» (Еременко В.И., 2001, с. 299). Стоит отметить, что исходя из уже имеющейся российской и зарубежной практики все вышеперечисленные функции ФАС России необходимы для рассмотрения дел, которые оказывают влияние на общественное благосостояние, при которых затрагиваются интересы не только непосредственно задействованных компаний или лиц. Судебный порядок защиты эффективен для

восстановления справедливости, прав пострадавшей стороны в случае недобросовестной конкуренции, но не имеет универсального механизма контроля и надзора.

Судебный порядок защиты от недобросовестной конкуренции является наиболее распространенным в мировой практике. Причиной этому служит тот факт, что понятие и регулирующие меры недобросовестной конкуренции возникли в рамках частного права. В настоящее время гражданско-правовая ответственность является основным видом ответственности за недобросовестную конкуренцию в зарубежных странах (Кинев А. Ю., 2013, с. 52).

С учетом анализа российской судебной практики можно сказать, что существующие принципы защиты от недобросовестной конкуренции в России в целом отвечают сложившимся социально-экономическим условиям. Возможность восстановить нарушенное право одного субъекта предоставляется судебной системе, в то время как социальные аспекты каждого из дел учитывает административная система. Административная форма защиты обладает следующими свойствами:

- оперативный характер принятия решения (в то время как судебная система характеризуется длительностью сроков рассмотрения дел, затягиванием исполнения решений);

- отсутствие издержек для заявителя (хозяйствующий субъект, обращаясь в антимонопольный орган за защитой своих нарушенных прав в области конкуренции, избегает издержек судопроизводства и может рассчитывать на более быстрое разрешение дела);

- особый порядок распределения бремени доказывания;

- возможность реализации в отношении всех случаев недобросовестной конкуренции (Исайчева Е.А., 2011).

На первый взгляд кажется, что все указанные свойства свидетельствуют о преимуществах административной системы. Однако, как показывают исследования российских авторов (Крючкова П. В., Авдашева С. Б., 2013), это не совсем так, как минимум, в части доступа лиц в административный процесс.

При рассмотрении вопроса недобросовестной конкуренции с точки зрения определения интеллектуальной собственности через дифференциацию можно обнаружить, что, по сути, нахождение баланса по Эрроу (между стимулами к инновационной деятельности и свободным доступом к информации) почти равносильно определению границ между добросовестными и недобросовестными практиками. Так как интеллектуальная собственность дает основания для отличия одного продукта от другого, то нарушение этих прав ведет к возможной путанице.

Даже в имеющейся российской судебной практике нарушение дифференциации продуктов условно уже можно разделить на два типа: нелегальное заимствование интеллектуальной собственности, лежащей в основе производства продукции (на рынке программного обеспечения это означает использование «чужого» программного кода), что соответствует по классификации, обозначенной в начале данной работы, недобросовестной конкуренции *за счет нарушения прав на результаты интеллектуальной деятельности*, и имитация уже зарегистрированного и, как правило, известного бренда, что соответствует *информационной недобросовестности*. Третий вид – *необоснованные претензии в сфере интеллектуальных прав* как вид недобросовестной конкуренции пока не получил распространения.

На наш взгляд, концепцию недобросовестной конкуренции в рамках конкурентной политики следует применять ко всему массиву правонарушений, попадающих в рамки указанной классификации. При этом необходимо, с одной стороны, в рамках конкурентной политики принимать меры, направленные против всех указанных видов недобросовестной конкуренции, с другой стороны, что не менее важно, непременно учитывать их присутствие или угрозу их возникновения в рамках процедур оценки состояния конкуренции на товарных рынках при проведении антимонопольных разбирательств как по делам собственно о недобросовестной конкуренции, так и по делам о других нарушениях антимонопольного законодательства.

Первое из этих двух направлений рекомендаций подразумевает, что в рамках осуществления конкурентной политики следует предусматривать защиту добросовестной конкуренции и предотвращение недобросовестной, в том числе и по линии недопущения нарушения интеллектуальных прав. Это означает, что наличие высоких рисков такого рода правонарушений в некоторой отрасли не дает основания считать ситуацию благополучной с точки зрения конкуренции даже при отсутствии других угроз конкурентному порядку. В число задач органа, ответственного за проведение конкурентной политики, в этом случае должно быть включено принятие мер по предотвращению недобросовестной конкуренции за счет нарушения интеллектуальных прав.

Второе же направление рекомендаций предполагает, что наличие недобросовестной конкуренции со стороны нарушителей интеллектуальных прав должно служить основанием для проведения специализированных процедур экономического анализа при осуществлении антимонопольных разбирательств и вынесении решений антимонопольным органом, так чтобы добросовестные предприятия не попадали ни под антимонопольные санкции, ни в жесткие регуляторные рамки в том случае, если их поведение может объясняться наличием недобросовестной конкуренции.

Указанные рекомендации могут показаться довольно тривиальными, однако отсутствие их полноценного практического воплощения в России говорит об отсутствии всеобщего консенсуса по данным вопросам и, следовательно, ставит вопрос о дополнительном научном обосновании предложенных рекомендаций, которое и осуществляется в данной статье.

Список литературы

1. Авдашева С.Б., Шаститко А.Е. Конкурентная политика: состав, структура, система // Современная конкуренция. 2010. № 1. С. 5–20.
2. Аузан А.А. (ред.). Институциональная экономика. Новая институциональная экономическая теория. М.: ИНФРА-М, 2011.
3. Гаврилов Д.А. Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности. М.: Норма, Инфра-М, 2014.
4. Еременко В.И. Правовое регулирование конкурентных правоотношений в России и за рубежом: Дис. ... д-ра юр. наук. М., 2001.
5. Исайчева Е.А. Недобросовестная конкуренция как социально-правовое явление: историко-правовой аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2011.
6. Кинев А. Ю. Административные формы противодействия недобросовестной конкуренции // Административное право и процесс. 2013. № 8. С. 51–54.
7. Крючкова П.В., Авдашева С.Б. Государственный и частный информсмент законодательства при риске ошибок I рода: выбор для России // Журнал Новой экономической ассоциации. 2013. № 3 (15). С. 114–140.
8. Паращук С.А. Недобросовестная конкуренция: содержание и правовые средства ее пресечения: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1995.
9. Фуруботн Э., Рихтер Р. Институты и экономическая теория. Достижения новой институциональной экономической теории. СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2005.
10. Цветкова М.В. Гражданско-правовая защита прав на средства индивидуализации от недобросовестной конкуренции: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.
11. Шаститко А. Е. Новая институциональная экономическая теория. М.: ТЕИС, 2010.
12. Шаститко А., Курдин А., Комкова А. Как защитить результаты интеллектуальной деятельности // Общественные науки и современность. 2014. № 2. С. 17–33.
13. Шаститко А.Е. (ред.) Трансакционные издержки, связанные с созданием и использованием прав на товарные знаки в России. М.: Фонд «Бюро экономического анализа», ТЕИС. 2000.
14. Akerlof G. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism // The Quarterly Journal of Economics. 1970. Volume 84. No. 3. P. 488–500.
15. Arrow K. The Economics of Agency // Stanford Univ. Inst. for Mathematical Studies In The Social Science. 1984. No. TR-451.
16. Bishop, M. Economics—An A-Z Guide. The Economist, London. 2009. 340 p.

17. Carvalho N. Toward a Unified Theory of Intellectual Property: The Differentiating Capacity (and Function) as the Thread That Unites All its Components // *The Journal of World Intellectual Property*. 2010. Volume 15. Issue 4. P. 251–279.
18. Dixit A. *Lawlessness and economics: alternative mode of governance*. Princeton University Press, 2004.
19. Laffont J.-J., Martimort D. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton University Press. 2002.
20. Landes, W. M., Posner, R. A. *Trademark Law: An Economic Perspective*// *Journal of Law and Economics*. 1987. № 30. 265–309 p.
21. Lee N., Westkamp G., Kur A., Ohly A. (eds.) *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity. Convergences and Development*. Edward Elgar, 2014.
22. McCarthy, J. T., Schechter, R. E. Franklyn, D. J. *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*. 3rd edition. BNA. Washington, 2005.
23. Rasmusen E. *Games And Information. An Introduction to Game Theory*. Blackwell, 2001.
24. Stiglitz, J. E., Charlton, A. *Fair Trade for All—How Trade Can Promote Development*. Oxford University Press, NY, 2005.
25. World Economic Forum. *Global Competitiveness Report 2014–2015* // ed. by K. Schwab. WEF, 2014.
26. Yoon, K. *The Optimal Level of Copyright Protection*. *Information Economics and Policy* 2002. Vol. 4. P. 327–348.

Intellectual property infringement as a type of unfair competition

Alexander Kurdin⁶

*Research fellow, Department of Economics,
Lomonosov Moscow State University
Senior research fellow, Russian Presidential
Academy of National Economy and
Public Administration*

Anastasia

*Komkova⁷ Junior research fellow, Department of
Economics, Lomonosov Moscow State University
Junior research fellow, Russian
Presidential Academy of National
Economy and Public Administration*

Abstract

The authors of the article investigate theoretical and applied approaches to the analysis of unfair competition in reference to markets of intellectual property rights (IPR) and IPR-intensive goods. The original classification of unfair competition, based on different kinds of information asymmetry and opportunistic behaviour, is elaborated in the work. The authors justify the consideration of all the types of unfair competition from this classification, in particular intellectual property infringements, in the framework of competition policy, assess the existing mechanisms preventing unfair competition in Russia and formulate recommendations on the development of those mechanisms.

Keywords: unfair competition, competition policy, intellectual property rights

JEL codes: L40, O34, L20

⁶ Alexander Kurdin: aakurdin@gmail.com

⁷ Anastasia Komkova: nastya.komkova@gmail.com