

ВИЗНАЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ТА ДОПУСТИМОСТІ ОБМЕЖЕНЬ В УЗГОДЖЕНИХ ДІЯХ ЩОДО ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності в національному законодавстві підпадають під групове звільнення (виняток) від необхідності одержання дозволу Антимонопольного комітету України. Правова конструкція наявного групового винятку не враховує особливості законодавства про інтелектуальну власність у частині застосовуваних учасниками обмежень та їх спрямованості. Саме формуванню пропозицій з визначення ефективності та припустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності присвячено це дослідження.

Ключові слова: Антимонопольний комітет України, антимонопольний регулятор, узгоджені дії, права інтелектуальної власності, обмеження, ефективність, допустимість.



**Худенко
Олександр
Олександрович,**

здобувач кафе-
дри господарського
права юридичного
факультету
Київського націо-
нального універси-
тету імені Тараса
Шевченка

Обмеження в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності є основним методом їх здійснення. В Україні законодавство про захист економічної конкуренції встановлює перелік дозволених обмежень господарської діяльності, які не виходять за межі законних прав правовласника об'єкта інтелектуальної власності. Тим не менше такий підхід не є виправданим через різноманітні чинники, які будуть розглянуті нижче.

У зв'язку з підписанням Угоди про асоціацію між Україною та ЄС постає проблема визначення припустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, яка безпосередньо залежить від їх ефективності.

Так, науково-теоретичне розроблення цієї проблематики з позицій конкурентного права та права інтелектуальної власності здійснювалося такими вітчизняними науковцями, як І. Дахно, С. Шкляр, В. Дмитришин та ін. Як трансфер технологій правове регулювання узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності досліджувалося Ю. Капіцою та Б. Падучаком.

Визначення ефективності та припустимості узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності є важливим завданням для послідовного правового регулювання таких відносин, а також підвищення прозорості діяльності Антимонопольного комітету України.

Договір про функціонування Європейського Союзу в ст. 101, яка по суті передбачає загальний груповий виняток щодо узгоджених дій, містить двоскладовий тест на сумісність узгоджених дій з внутрішнім ринком. Для його застосування слід установити, що узгоджені дії «сприяють удосконаленню виробництва або розповсюдженню продукції, технічному чи економічному прогресу, водночас надаючи споживачам змогу отримати належну частку здобутої вигоди», а також «не накладають на зацікавлені суб'єкти господарювання обмеження, що не є обов'язковими для досягнення цієї мети» та «не дають таким суб'єктам господарювання змоги усунути конкуренцію стосовно істотної частини відповідної продукції» [1, с. 561]. Перша частина тесту вирішує питання ефективності, друга – припустимості.

Ефективність узгоджених дій визначається за допомогою оцінки пропорційності отриманої учасниками вигоди та втрат споживачів, спричинених такими узгодженими діями. Чим вищий коефіцієнт ефективності узгоджених дій, тим більше зазвичай існує аргументів на користь їх припустимості.

Загалом, як зазначає С. Валітов, «більшість узгоджених дій (угод) в економіці не потребують дозволів

антимонопольних органів, оскільки вони спрямовані на забезпечення ефективності суспільного виробництва» [2, с. 141].

Узгоджені дії вважаються припустимими, якщо вони не призводять до обмеження (усунення, недопущення) конкуренції або підпадають під груповий виняток, установлений законодавством про захист економічної конкуренції. Можливість одержання індивідуального винятку (дозволу) на здійснення узгоджених дій ще не свідчить про їх припустимість, адже Антимонопольний комітет України зазвичай покладає на учасників узгоджених дій низку заходів контролю і може відізвати свій дозвіл.

Проблеми визначення припустимості та ефективності обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності виникають на двох рівнях – правотворчості та реалізації правових норм.

Ю. Журик, розглядаючи правотворення у сфері захисту економічної конкуренції, відзначає важливість того, що «в законодавстві про захист економічної конкуренції органічно поєднуються як приватні (зокрема монополістичні), так і публічні (суспільні, державні) інтереси» [3, с. 508].

У правотворчості при поширенні групового винятку на певні узгоджені дії досить складно визначити їх припустимість, адже навіть за високого коефіцієнту ефективності питання зловживання наданим груповим винятком і ризику антиконкурентної змови залишаються відкритими. На наше переконання, високий ризик використання обмежень для прикриття змови або можливість зловживання

ними не перешкоджає поширенню на них групового винятку. Доцільніше попередити можливість такого «використання» групового винятку.

Т. Тарахонич вдало зауважує, що «створення правової норми не є самоціллю. Її призначенням є забезпечення регулювання суспільних відносин, що досягаються у процесі реалізації правових приписів. Реалізація – це втілення приписів правової норми у діяльності суб'єктів права» [4, с. 451].

Реалізація обмежень суб'єктами господарювання залежить від їх припустимості, адже правильна оцінка припустимості дозволить уникнути звинувачень в антиконкурентних узгоджених діях. Реалізація з боку антимонопольного регулятора у формі правозастосування повинна полягати у визначенні припустимості сумнівних узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, а потім їх ефективності. Але відповідно до національного законодавства про захист економічної конкуренції Антимонопольний комітет України не може визначати ефективність «законних» обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності, оскільки груповий виняток на таку категорію узгоджених дій безумовний та безвідкличний.

Тому суттєвим недоліком національного групового винятку на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності вважаємо його безумовний та безвідкличний характер, який не дозволяє антимонопольному регулятору оцінити їх ефективність у разі належного сумніву щодо їх припустимості.

Не менш важливим є питання доцільності встановлення чинного переліку з білих (строк і мінімальний обсяг виробництва) та сірих (обсяг прав, територія, сфера використання) обмежень для узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності. Навіть німецький прототип ст. 9 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (ст. 17 GWB) передбачає також чорний перелік обмежень в угодах про розпоряджання правами інтелектуальної власності, не виключаючи при цьому дію положень про заборону картелів [5].

На наше переконання, не варто дублювати перелік дозволених обмежень, які передбачені Цивільним кодексом України і спеціальним законодавством про правову охорону об'єктів інтелектуальної власності. Під час подолання системних проблем конкурентного законодавства України доречніше буде груповий виняток на узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності вивести на підзаконний рівень – у вигляді розпорядження Антимонопольного комітету України (відповідно до ст. 11 Закону України «Про захист економічної конкуренції»). Лише таким засобом (або за допомогою «м'якого права») можна визначити припустимість чорних обмежень (установлення ціни, квотування) в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності та умови, за яких вони можуть стати сірими. Правовласник об'єкта інтелектуальної власності обов'язково мусить мати певний доступ до «чорних» обмежень.

Також обмеження господарської діяльності учасників мають оцінюва-

тися поза змістом положень про узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності. Вважаємо, що обмеження господарської діяльності учасників в умовах узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності є «голими», а не «підпорядкованими». Прийняття голих обмежень не повинно бути жодного виправдання з точки зору антимонопольної політики.

Виходячи з вищевказаного пропонуємо наразі викласти статтю 9 Закону України «Про захист економічної конкуренції» у такій редакції:

«Стаття 9. Узгоджені дії щодо прав інтелектуальної власності

1. Положення статті 6 цього Закону не застосовуються до узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності в частині обмежень використання або розпоряджання, визначених законодавством про інтелектуальну власність».

Утім, керуючись груповим винятком без переліку обмежень, слід мати чітке уявлення про визначення їх ефективності та припустимості.

Антимонопольні регулятори США дотримуються підходу, за яким визначення ефективності «у більшості справ обмеження щодо інтелектуальної власності в ліцензійних угодах оцінюються за правилом причини. Загальний підхід агентств в умовах аналізу ліцензійних обмежень згідно з правилом причини полягає в з'ясуванні, чи можуть обмеження мати антиконкурентні наслідки, і якщо так, то чи обмеження дійсно потрібні для досягнення проконкурентних переваг, що переважатимуть такі антиконкурентні наслідки. [...] У деяких справах однак суди до-

ходили висновку, що «характер і необхідність наслідку обмеження настільки явно антиконкурентні», що воно має розглядатися як незаконне згідно з правилом по суті, без ретельного з'ясування можливого антиконкурентного наслідку обмеження» [6].

Якщо певні обмеження є ефективними, тобто в разі їх прийняття обмеження (усунення, недопущення) конкуренції та втрати споживачього надлишку є співмірними або не перевищують вигоди учасників узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, виникає лише потреба правильного визначення припустимості таких обмежень для поширення на них групового винятку.

Для встановлення припустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності пропонуємо брати до уваги такі умови:

1) вид узгоджених дій. Потрібно все ж визнати, що горизонтальні узгоджені дії містять значніший ризик обмеження (усунення, недопущення) конкуренції, а застосування методу обмежень більш прийнятне для вертикальних узгоджених дій. Форма узгоджених дій входить до стандарту доказування їх вчинення, а не визначення припустимості;

2) ринкова влада учасників. Мова йде як про сукупну ринкову частку всіх учасників, так і кожного окремо. Поставлене на початку цього дослідження завдання не охоплює визначення «безпечної гавані» для узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, але, на наше переконання, припустима сукупна ринкова частка учасників горизонтальних узгоджених дій щодо прав

інтелектуальної власності може бути встановлена на рівні 30 відсотків, а вертикальних – 40 відсотків. Іншими словами, подвоєння «безпечної гавані», визначеної Типовими вимогами для узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності, є необхідним через потребу зростання якості інновацій [7];

3) обмежувані учасники. Законодавство про розпорядження правами інтелектуальної власності загалом передбачає обмеження саме користувача або набувача об'єкта інтелектуальної власності. Обмеження правовласника передбачено лише деякими видами наданих ліцензій в частині видання ліцензій іншим особам, тобто виключним та одиничним, а також частковим переданням права власності на об'єкт інтелектуальної власності, що позбавляє правовласника можливості використовувати передану частину.

Законодавство у сфері інтелектуальної власності не уповноважує ліцензіата на обмеження ліцензіара. Це суперечить самій природі розпорядження правами інтелектуальної власності. І. Дахно звертає увагу, що «американські суди більш прихильно відносяться до обмежень, які надають певні вигоди ліцензіарам, ніж до обмежень, які вигідні ліцензіатам» [8, с. 161]. Можна припустити, що обмеження, спрямовані на правоволодільця, не мають охоплюватися груповим винятком, але мають достатній коефіцієнт ефективності.

Стимули до ліцензування повинні бути не лише в ліцензіара, а й в ліцензіата. Останній управі вимагати в правовласника не створювати йому

конкуренції, і це може бути досягнуто не лише за допомогою видання виключної (одиничної) ліцензії або передання права власності на об'єкт інтелектуальної власності. Потрібно обумовити, що ліцензіат також має свої стимули до ліцензування, і вони значно ширші за простий доступ до об'єкта інтелектуальної власності. До того ж законодавство про розпорядження правами інтелектуальної власності передбачає можливість визначити в ліцензійному договорі «інші умови, які сторони вважають за доцільне включити у договір» (ч. 3 ст. 1109 Цивільного кодексу України). Такими «іншими умовами» і можуть бути обмеження, спрямовані на правоволодільця.

Особливо складними є випадки перехресного ліцензування, адже кожен учасник приймає обмеження від іншого;

4) характеристика об'єкта інтелектуальної власності. Одне з головних зауважень Р. Познера у справі *United States v. General Electric Co.* стосувалося «слабкого» патенту компанії General Electric, який «цілком міг бути недійсним» [9, с. 386]. Теоретично антимонопольний регулятор управі ініціювати визнання виданого патенту недійсним, якщо узгоджені дії з використанням останнього порушують свободу конкуренції. Проте, не маючи можливості самостійно оцінити силу об'єкта інтелектуальної власності або його слабкість, антимонопольному регулятору для визначення припустимості узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності варто все ж дослідити такі його характеристики:

- підлягає обов'язковій державній реєстрації чи не підлягає;
- якщо підлягає, то патентований чи непатентований;
- якщо патентований, то виданий за результатами проведення кваліфікованої чи формальної експертизи;
- самостійний чи залежний, первинний чи похідний, прототип чи аналог;
- час і територія правової охорони;
- історія створення, реєстрації, використання та розпорядження об'єктом інтелектуальної власності.

Визначення антимонопольним регулятором наведених характеристик об'єкта інтелектуальної власності дозволить йому переконатися в дійсних намірах учасників узгоджених дій щодо прав інтелектуальної власності;

5) характеристика обмежень.

Детальна характеристика обмежень є завершальним етапом визначення їх припустимості. Пропонуємо визначати її в такому порядку:

- вид обмеження;
- величина та тривалість обмеження;
- виконання обмеження здійснюється активним чи пасивним засобом;
- призначення чи наслідки обмеження, якщо їх можна визначити або спрогнозувати;
- обмеження голе чи підпорядковане.

Остання характеристика є, напевно, найважливішою в силу того, що допомагає встановити виправданість обмеження. Дійсно необхідні обмеження для цілей ефективного розпорядження правами інтелектуальної власності заслуговують на визнання їх припустимими.

Для подальших досліджень слід розуміти, що проблема визначення ефективності обмежень, яка є загальною для всіх узгоджених дій, полягає в їх правильній (об'єктивній) оцінці. Тоді як проблема визначення припустимості обмежень в узгоджених діях щодо прав інтелектуальної власності полягає в казуїстичності самих обмежень, значній кількості внутрішніх (відносини учасників) та зовнішніх (особливості ринків та їх суб'єктів) чинників.

Список використаних джерел:

1. Законодавство України у сфері захисту економічної конкуренції: Юридичний збірник. – 4-те вид., доп. та розширене. – К.: ПП «Фірма «Гранма». – 2012. – 576 с.
2. Валитов С. С. Правовое регулирование конкуренции в Украине / С. С. Валитов; НАН Украины, Ин-т экон.-прав. исслед. – Донецк : Юго-Восток, 2009. – 306 с.
3. Правоутворення в Україні: теоретико-методологічні та прикладні аспекти : монографія / за заг. ред. Бошицького Ю. Л.. – К.: Вид-во Європ. ун-ту, 2010. – 592 с.
4. Теорія держави і права. Академ. курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – 2-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 688 с.
5. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26 August 1998 (BGBl. I S. 2521, 2546) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bgb1.de/banzxaver/bgb1/media/F6DD-CDB9C6E34BB934067725EFCACA5B/bgb198s2521_28973.pdf.
6. U. S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (Apr. 6, 1995). [Електронний ресурс]. – Режим

доступу : <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>.

7. Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12 лютого 2002 р. «Про затвердження Типових вимог до узгоджених дій суб'єктів господарювання для загального звільнення від попереднього одержання дозволу органів Антимонопольного комітету України на узгоджені дії суб'єктів господарювання» //

Офіційний вісник України. – 2002. – № 11. – Ст. 543.

8. Дахно И. И. Интеллектуальная собственность в США. Англо-русский глоссарий по интеллектуальной собственности / Дахно И. И. – К.: Центр учебной литературы, 2012. – 280 с.

9. Познер Ричард А. Экономический анализ права / Познер Ричард А. – К.: «Акта», Aspen Publishers, 2003. – 862 с.

Худенко А. А. Определение эффективности и допустимости ограничений в согласованных действиях относительно прав интеллектуальной собственности

Согласованные действия относительно прав интеллектуальной собственности в национальном законодательстве подпадают под групповое освобождение (исключение) от необходимости получения разрешения Антимонопольного комитета Украины. Правовая конструкция существующего группового исключения не учитывает особенности законодательства об интеллектуальной собственности в части применяемых участниками ограничений и их направленности. Именно формированию предложений по определению эффективности и допустимости ограничений в согласованных действиях относительно прав интеллектуальной собственности посвящено это исследование.

Ключевые слова: Антимонопольный комитет Украины, антимонопольный регулятор, согласованные действия, права интеллектуальной собственности, ограничения, эффективность, допустимость.

Khudenko O. O. Determination of efficiency and admissibility restraints in the concerted practices with intellectual property rights

In Ukraine concerted practices have various kinds, forms and ways of execution. Nonetheless, some concerted practices are related to the intellectual property rights in that sense, that they concern use or disposition of intellectual property rights. EU competition legislation does not determine a special block exemption for concerted practices with intellectual property rights, but it provides general block exemption for efficiency and admissibility of the concerted practices as whole. Ukraine's legislation on protection of economic competition includes the special block exemption for concerted practices with intellectual property rights. This provision based on the article 17 Germany's Act against restraints on competition, which had been abolished in July 2005. Nowadays, national block exemption for concerted practices with intellectual property rights aim on restraints of economic activity, but intellectual property legislation provide only restraints of use or disposition intellectual property rights. Restraints of economic activity may be called «naked» in that sense, that they don't have any arguments for admissibility. Anyway, we propose to rewrite national block exemption for concerted practices with intellectual property rights without the list of restraints. In addition, we propose to determine the efficiency and admissibility restraints in the concerted practices with intellectual property rights as follows.

Efficiency must be determined by assessing the proportionality of the participants received benefits and losses of consumers caused by such concerted practices. Admissibility can be determined by using the following criteria: type of concerted practice; participants' market power; restraining participants; characteristics of intellectual property object; characteristics of restraints.

Key words: Antimonopoly Committee of Ukraine, antimonopoly regulator, concerted practices, intellectual property rights, restraints, efficiently, admissibility.

Стаття надійшла до редакції 03.03.2015