

**ИВАНОВ
АЛЕКСЕЙ ЮРЬЕВИЧ**

директор Института
права и развития
ВШЭ — Сколково,
директор Департамента
правовой политики
Фонда «Сколково»,
магистр права
Гарвардского
университета

**КАТАЛЕВСКИЙ
ДМИТРИЙ ЮРЬЕВИЧ**

ведущий научный
сотрудник Института
права и развития
ВШЭ — Сколково,
доцент ИБДА РАНХиГС
при Президенте
РФ, кандидат
экономических наук

ЛИАНОС ЯНИС

главный научный
сотрудник Института
права и развития
ВШЭ — Сколково,
профессор
Университетского
колледжа Лондона

РЫНОК СЕМЯН: ГЛОБАЛИЗАЦИЯ, КОНКУРЕНЦИЯ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

На основе анализа быстро меняющейся как в социально-экономическом, так и технологическом плане отрасли сельскохозяйственного производства авторы пытаются продемонстрировать ключевые вызовы, которые эта трансформация несет для антимонопольного регулирования и института интеллектуальной собственности. Фокус в статье сделан на глобальных цепочках производства и оборота семян, в которых указанные изменения выражены наиболее сильно. В качестве примеров анализируются дела об экономической концентрации глобальных игроков в данной сфере — компаний *Monsanto*, *Syngenta*, *DowDuPont*.

Ключевые слова: антимонопольная политика, права интеллектуальной собственности, патенты в сфере биотехнологий, генетическая информация, селекционные достижения, глобальные цепочки поставок, продовольствие, семена

Глобализация и экономическая концентрация в сельском хозяйстве

Одной из ключевых мировых тенденций является рост спроса на продовольствие. Это связано как с ростом населения, так и с изменениями потребительских предпочтений прежде всего в странах Азиатско-Тихоокеанского региона. По прогнозам Продовольственной и сельскохозяйственной организации ООН (*Food and Agriculture Organization, FAO*) — FAO, производство сельскохозяйственной продукции должно удвоиться до 2050 г., чтобы покрыть ожидаемый разрыв между спросом на такую продукцию и объемом ее производства.

Loaded: 27-05-2016 AMt 11:49:06 Давление спроса вызывает значительную технологическую интенсификацию сельскохозяйственной отрасли, а также делает мировую продовольственную систему

User: bibik@igzakon.ru IP adress:

**ALEXEY YU. IVANOV**

Director of HSE-Skolkovo Institute for Law and Development, Director of the Department of Legal Policy and Social Development at Skolkovo Foundation, LLM (Harvard University)

DMITRY YU. KATALEVSKY

Leading Research Fellow at HSE-Skolkovo Institute for Law and Development, Associate Professor at the IBS of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, PhD in Economics

IOANNIS LIANOS

Chief Researcher at Skolkovo-HSE Institute for Law and Development, Chair, Global Competition Law and Public Policy at the University College of London

THE SEED MARKET: GLOBALISATION, COMPETITION AND INTELLECTUAL PROPERTY

The paper explores the competition dynamics of the global seed market. It documents the economic concentration of the sector, in particular the M&A activity of the major seed companies and their reliance on complex intellectual property strategies in order to offer a one stop shop solution to farmers. Recent merger activity in this sector (the Monsanto bid to buy Syngenta, the DuPont and Dow merger deal, ChemChina's bid to buy Syngenta) illustrates its rapid transformation from an already concentrated industry to a tight oligopoly on a global scale. The increasing global consolidation of this industry raises new challenges for competition law enforcement authorities dealing with the emergence of new powerful actors at the factor of production (input) level, in view of the broader concerns animating public policy in the food sector and the existence of a nexus of international commitments for biodiversity, sustainability, the right to food etc. By exploring this under-studied but fascinating area of competition law enforcement we open the debate over the inclusion of broader public interest concerns in competition policy and the consideration of its distributive impact from a global perspective.

Keywords: antitrust, agricultural markets, seeds, contract agriculture, cross-licensing agreements, biodiversity, IP rights, plant variety protection rights, biotechnology patents, access to germplasm, generic trait

все более уязвимой для сбоев. Неожиданные перебои в сложной глобальной цепочке производства, переработки и поставок сельскохозяйственной продукции могут приводить к снижению предложения продовольствия и,

как следствие, резкому росту цен. Это, в свою очередь, способно повлечь труднопрогнозируемые негативные каскадные эффекты и потрясения как в бизнесе, так и в обществе в масштабах целых государств и регионов.

Данная проблема крайне мало изучена сегодня, хотя является очень перспективной областью междисциплинарного научного исследования. Так, в прошлом году международной страховой компанией *Lloyds* была предпринята попытка смоделировать последствия глобального продовольственного шока, вызванного одновременной комбинацией климатических и биологических факторов¹. Специалистами *Lloyds* с привлечением ведущих представителей научного сообщества был смоделирован гипотетический сценарий масштабного наводнения Эль-Ниньо в США в комбинации с наводнениями в сельскохозяйственных районах Индии и Пакистана, с засухой в Австралии и странах Юго-Восточной Азии (Непал, Бангладеш, Индонезия, Вьетнам, Таиланд, Филиппины), а также эпидемией азиатской ржавчины сои в Аргентине и Бразилии и возбудителя стеблевой ржавчины пшеницы *UG99* в Турции, Казахстане, Украине и России. Результаты моделирования показали, что реализация комбинации подобных событий приведет к четырехкратному увеличению стоимости пшеницы, кукурузы и сои по сравнению со средними ценами 2000-х гг., стоимость риса вырастет на 500%, прогнозируются голодные бунты в странах Ближнего Востока, Северной Африки, Латинской Америки.

В настоящее время среди причин, способных вызвать системный сбой, специалисты традиционно рассматривают изменение климата (засухи, природные катастрофы), нехватку водных ресурсов, а также политическую нестабильность. Однако ряд исследований показывает, что сбой может произойти также вследствие проблем в глобальной системе производства и поставок сельскохозяйственной продукции². Данный фактор обычно находился под менее пристальным вниманием исследователей, и лишь в последние несколько лет стали появляться работы, делающие акцент именно на функционировании глобальной цепочки продовольственного обеспечения как единого целого — от производства высокопродуктивных семян до сбыта переработанной сельскохозяйственной продукции³.

Такого рода анализ представляется особенно интересным ввиду того, что позволяет получить неожиданные выводы, как, например, вывод о том, что в области производства сельскохозяйственной продукции значительные продовольственные риски для национальных систем продовольственного обеспечения возникают вследствие импортозависимости от внешних по отношению к национальным системам игроков, например зарубежных компаний — поставщиков высокоурожайных семян, высокопродуктивного генетического материала в животноводстве, вакцин, уникальных технологических решений и т.п. Начиная со второй половины 1990-х гг. прослеживается устойчивая мировая тенденция усиления концентрации поставщиков высокотехнологических решений в области сельского хозяйства⁴.

В результате на ключевых продовольственных рынках, в частности мировом рынке семян, пестицидов и животного генетического материала, сложилась высококонцентрированная олигополия, где менее десятка крупных игроков контролируют более половины рынка⁵.

До последнего времени основным ответом на вызовы растущего дефицита продовольствия было введение в широкий оборот биотехнологий, созданных в рамках так называемой Зеленой революции 1970–1980-х гг. Ключевой группой технологий такого типа стала генетическая инженерия, позволившая добиваться большей устойчивости растений и животных к различного рода индустриальным воздействиям, направленным на снижение стоимости аграрного производства, — использованию гербицидов, антибиотиков и проч. Бизнес-модель в нише биотехнологических семян основана на продаже сельхозпроизводителям комплексного решения, включающего пестициды, гербициды и другие химические средства защиты растений, а также семена, наиболее устойчивые к данным химическим средствам. Как следствие, основными

¹ Food System Shock. The insurance impact of acute disruption to global food supply. Lloyd's Emergent Risk Report-2015.

² См.: Каталевский Д.Ю., Кавтарадзе Д.Н. Семена и продовольственная безопасность России: материалы 10-й международной конференции факультета государственного управления МГУ им. М.В. Ломоносова «Государственное управление в XXI веке: повестка дня российской власти» (29–31 мая 2012 г.). М., 2012. Т. 1.

³ Lianos I., Katalovsky D., Ivanov A. Agriculture and food: Challenges for competition enforcement // *Concurrences Review*. N.Y., 2016. Iss. 1. P. 10–14. См. также: Lianos I., Lombardi C. Superior bargaining power and the global food value chain: The wuthering heights of holistic competition law? // *Concurrences Review*. N.Y., 2016. Iss. 1. P. 22–35.

⁴ См.: Lianos I., Katalovsky D., Ivanov A. The Global Seed Market, Competition Law and Intellectual Property Rights: Untying the Gordian Knot // *Concurrences Review*. N.Y., 2016. Iss. 2.

⁵ См.: Breaking Bad: Big Ag Mega-Mergers in Play // ETC Group. URL: <http://etcgroup.org/content/breaking-bad-big-ag-mega-mergers-play> (дата обращения: 25.04.2016).

игроками на биотехнологическом рынке семян стали химические компании *Bayer, Monsanto, Dow Chemical, DuPont, Syngenta, BASF* («Большая шестерка»).

За последний год тенденция отраслевой консолидации значительно усилилась. Так, в четвертом квартале 2015 г. и в первом квартале 2016 г. были анонсированы сделки экономической концентрации беспрецедентного уровня. Одна из них, стоимостью 130 млрд долл., является объединением компаний *Dow Chemical* и *DuPont* и была анонсирована в декабре 2015 г. По подсчетам отраслевых экспертов, объединенное предприятие сможет контролировать до 25% мирового рынка продаж высокоурожайных семян и порядка 16% мировых продаж пестицидов⁶. В феврале 2016 г. была анонсирована сделка о слиянии китайской госкорпорации *ChemChina* со швейцарской компанией *Syngenta* стоимостью 43 млрд долл. (ранее *Syngenta* отвергла предложение о поглощении со стороны компании *Monsanto* общей стоимостью 46,5 млрд долл.). Оборот объединенного бизнеса *ChemChina* и *Syngenta* в области семеноводства и пестицидов, согласно прогнозам, составит около 17 млрд долл. в год, таким образом выводя его на второе место в мире после объединенной компании *DowDuPont*.

Антимонопольные ведомства США и Европы в основном поддерживали такую экономическую концентрацию в отрасли, которая, помимо корпоративных слияний, включает создание совместных исследовательских учреждений и патентных пулов. Например, указанная «Большая шестерка», а с начала этого года — уже «четверка» производителей биотехнологических семян контролирует более 75% мировых научных исследований и разработок в этой сфере. Такой мягкий подход к монополизации рынка семян объясняется обычно тем, что экономическая концентрация в высокотехнологичной сфере, которой стало сельское хозяйство, увеличивает инновации. При этом антимонопольные ведомства крайне мало внимания уделяли последствиям такой концентрации для функционирования глобальной продовольственной цепочки в целом и влиянию концентрации на рынке семян и пестицидов на следующие участки данной цепочки, на которых работают сельхозпроизводители.

В российской сельскохозяйственной отрасли возникла серьезная зависимость от зарубежных высокотехнологичных решений в области растениеводства и животноводства. Так, в сфере семеноводства по таким ключевым культурам, как кукуруза, подсолнечник и овощные культуры, зависимость от импортируемого семенного фонда составляет от 40 до 60%, тогда как в сахарной свекле доля зарубежной продукции достигает 90–95%⁷. Еще выше доля импорта в животноводстве — например, современное эффективное птицеводство, свиноводство и молочное животноводство в России невозможно без импорта генетического материала, вместе с которым импортируются и соответствующие технологии, включая содержание, разведение скота, чипирование, вакцинацию и т.п. В случае введения гипотетического эмбарго на поставку, например, вакцин, отечественным хозяйствам, использующим передовые технологии, может быть нанесен шокирующий урон уже в течение первых 12 месяцев.

Состоявшийся переход сельскохозяйственного производства с местного на глобальный уровень требует и пересмотра подходов государственной политики в данной сфере.

Сегодняшняя модель рыночного регулирования ставит национальные государственные системы в условия *de facto* отсутствия действенных механизмов контроля за экстерриториальными рисками. Для преодоления дисбалансов, которые могут привести к катастрофическим системным сбоям, продовольственная сфера должна рассматриваться в рамках антимонопольного регулирования через призму функционирования глобальной цепочки поставок и создания стоимости, а не как набор самостоятельных рынков⁸.

Понимание динамики и логики функционирования глобальной продовольственной цепочки является залогом эффективности государственной политики в продовольственной сфере.

⁶ См.: ETC Group. Global Agribusiness Mergers NOT a Done Deal. URL: <http://www.etcgroup.org/content/global-agribusiness-mergers-not-done-deal-0> (дата обращения: 25.04.2016).

⁷ См.: Кочелягин Н. Рынок семян попал в зависимость // Агроинвестор. 2015. № 11. URL: <http://agroinvestor.ru/analytics/article/22504-rynok-popal-v-zavisimost/full/#cut> (дата обращения: 25.04.2016).

⁸ О глобальной стоимостной цепочке см.: Gereffi G., Humphrey J., Sturgeon T. The Governance of Global Value Chains // Review of International Political Economy. 2005. Vol. 12. No. 1. P. 78–104; Sobel-Read K.B. Global Value Chains: A Framework for Analysis // Transnational Legal Theory. 2014. Vol. 5. No. 3. P. 364–407.



Семена: от общего к частному

Семена — это начало глобальной продовольственной цепочки. Исторически семенной материал всегда был общим ресурсом. Сельхозпроизводители во всех странах мира сохраняли, пересаживали и перепродавали семена; обмен семенами между фермерами был основным способом развития новых сортов и признаков растений⁹.

Институт интеллектуальной собственности создал основу для возникновения частного рынка семян после Зеленой революции на Западе. Изначально финансируемая государством, данная революция привела к увеличению производительности семян, однако фермеры заплатили за это ценой своей независимости, так как до революции именно они обеспечивали инновации в отрасли, поддерживая и улучшая биоразнообразие основных аграрных культур (т.е. существовала децентрализованная и высоко фрагментированная инновационная среда)¹⁰. После Зеленой революции фермеры стали зависимыми от поставок закупаемых семян гибридных культур, что привело к возникновению коммерческого рынка семян. Необходимость использования удобрений и пестицидов усилила зависимость фермеров от коммерческого рынка. Развитие биотехнологий и генной инженерии в 1990-х гг. также оказало серьезное влияние на приватизацию и развитие семенной отрасли¹¹. Гибридная культура обеспечивает большой урожай, но теряет свое преимущество в следующем поколении, что заставляет фермеров

регулярно покупать новые семена. Генно-модифицированные (а с недавнего времени и измененные по технологии *CRISPR/Cas*) семена находятся сейчас в фокусе инновационных усилий в современном сельском хозяйстве, где ключевую роль играет «Большая четверка» агротехнологических компаний. Основная модель коммерциализации разработок «Большой четверкой» — это использование прав интеллектуальной собственности и основанных на них сложно организованных лицензионных соглашений.

В семенной отрасли¹², и Россия тут не исключение, интеллектуальная собственность включает два ключевых инструмента: патентуемые биотехнологические изобретения и селекционные достижения; хотя, конечно, и товарные знаки, и коммерческая тайна, и наименования мест происхождения товара также активно используются в данной сфере в бизнес-стратегиях семенных компаний¹³. Самое важное, что эти права (в разных комбинациях) позволяют семенным компаниям не допускать сохранения фермерами семян, передачу семян другим фермерам и использование своего генетического материала конкурирующими компаниями для разработки новых сортов¹⁴.

До совсем недавнего времени во всем мире область живой природы не считалась допустимым объектом для обращения в собственность путем патентной охраны.

Так, лишь в 1980 г. в деле *Diamond vs Chakrabarty* Верховный суд США распространил действие патентной охраны на биологические разработки¹⁵. В 1985 г. Ведомство по патентам и товарным знакам США (*USPTO*) расширило патентную охрану, распространив ее на генно-модифицированные организмы в деле *Ex Parte Hibberd*¹⁶.

⁹ См.: *Llewelyn M.* The Legal Protection of Biotechnological Inventions: An Alternative Approach // *European Intellectual Property Review*. 1997. Vol. 19 (3). P. 117. Конвенция ООН о биологическом разнообразии, которая вступила в силу 29 декабря 1993 г., все еще признает важность общественных «знаний, нововведений и практик» и поощряет стороны Конвенции за «способствование их широкому применению с одобрения и при участии носителей таких знаний, нововведений и практики», а также поощряет «совместное пользование на справедливой основе выгодами, вытекающими из применения таких знаний, нововведений и практик» (ст. 8 (j) Конвенции).

¹⁰ См.: *Biggs S.D., Clay E.J.* Sources of Innovations in Agricultural Technology // *World Development*. 1981. Vol. 9. P. 321–336 (отмечается, что, если проводить различие между формальными и неформальными разработками в области сельского хозяйства, то следует признать, что фермеры играли и продолжают играть существенную роль в неформальных исследованиях и разработках в области сельского хозяйства).

¹¹ *Loaded* 27-05-2016 11:49:07 Michigan State Law Review. 2015. P. 566–567.

User: bibik@igzakon.ru IP adress:

¹² Семенная отрасль состоит из трех базовых компонентов: «исследование и селекция растений; производство семян; маркетинг и дистрибуция» (см.: *Louwaars N.P., Tripp R., Eaton D.* et al. Impacts of Strengthened Intellectual Property Rights Regimes on the Plant Breeding Industry in Developing Countries // *World Bank Report*. February 2005. P. 28–29. URL: http://iprsonline.org/resources/docs/LouwaarsCGN_Plants_05.pdf (дата обращения: 25.04.2016)).

¹³ См.: UNIDROIT. Intellectual Property Rights and Contract Farming, Study 80-A — Doc. 1 Add. 18. August 2014. URL: <http://unidroit.org/english/documents/2014/study80a/wg04/s-80a-01-add18-e.pdf> (дата обращения: 25.04.2016).

¹⁴ См.: *Louwaars N.P., Tripp R., Eaton D.* et al. Op. cit. P. 27.

¹⁵ *Diamond v. Chakrabarty*. 447 U.S. 303 (1980).

¹⁶ 227 U.S.P.Q. 443 (Board of Patent Applications and

В 2001 г. Верховный суд США в деле *J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer* впервые постановил, что патенты на изобретения могут быть выданы на сельскохозяйственную культуру или другие растения (размножающиеся половым путем), а также, наряду с патентом, сельскохозяйственные культуры могут дополнительно охраняться посредством прав на селекционные достижения¹⁷.

Ключевым отличием патентной охраны от охраны селекционных достижений является то, что патентная охрана позволяет запрещать любые формы использования запатентованного изобретения, в том числе запрещать фермерам сохранять и пересевать выращенные из купленных семян новые семена¹⁸.

Охрана селекционных достижений в силу традиционной привязки к сельскохозяйственному производству предоставляет больше возможностей для свободного использования охраняемых сортов. Например, в США в рамках режима охраны селекционных достижений допускается сохранение и пересевание семян фермерами, а равно использование охраняемых сортов в последующей селекции¹⁹. Согласно российскому законодательству охрана селекционных достижений также менее требовательна к свободному использованию, чем патентная охрана²⁰. В литературе отмечается, что переход США в 2001 г. к предоставлению патентной охраны биотехнологическим разработкам (в дополнение к уже действовавшей охране селекционных достижений на основе специальных законов²¹) был вызван тем, что традиционная охрана селекционных достижений была направлена на урегулирование отношений прежде всего между конкурентами-селекционерами, предоставляя сельхозпроизводителям довольно большую свободу действий в использовании селекционных достижений в производстве (через различного рода прямые изъятия, а также широкое использование доктрины исчерпания исключительных прав); использование же для охраны прав на объекты живой природы общего патентного права обозначило смещение фо-

куса в стратегиях правообладателей на отношения с непосредственными пользователями — фермерами, а не с конкурентами-селекционерами²².

Многие исследователи также отмечают, что появление в сельскохозяйственной отрасли правовой охраны объектов живой природы с широкой опорой на обычные изобретательские патенты привело к переходу от инноваций, осуществляемых за счет государственного сектора, к инновациям, осуществляемым частным сектором, особенно в области растениеводческих технологий и молекулярных сельскохозяйственных биотехнологий²³.

В Европе традиционно объекты патентных прав были более четко разведены по режимам регулирования — сорта растений и существенные биологические процессы исключены из области патентной охраны (см. ст. 53 (b) Европейской патентной конвенции²⁴) с целью в том числе ухода от параллельной охраны одного и того же объекта в рамках патентного права и *sui generis* регулирования в отношении селекционных достижений, вытекающего из Конвенции международного союза по охране новых сортов растений (далее — Конвенция УПОВ)²⁵. Однако ст. 4 Европейской директивы о правовой охране биотехнологических изобретений сделала возможным патентование объектов живой природы, если осуществимость изобретения с технической точки зрения не ограничивается конкретным сортом растений²⁶. В 1999 г. расширенный Апелляционный совет

²² См.: *Heimes R.S.* Post-Sale Restrictions on Patented Seeds: Which Law Governs? // *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*. 2009–2010. Vol. 10. No. 2. P. 98–152.

²³ См.: *Heisey P.W., King J.L., Rubenstein K.D.* Patterns of Public-Sector and Private-Sector Patenting in Agricultural Biotechnology // *AgBioForum*. 2005. Vol. 8. No. 2, 3. P. 73–82.

²⁴ В соответствии с этой нормой «европейские патенты не выдаются в отношении... (b) сорта растений или вида животных или преимущественно биологических процессов производства растений или животных; данная норма не применяется к микробиологическим процессам или продуктам». См. также: Article 4 (1) of Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions // OJ 1998 L 213/13. Данная статья устанавливает, что «преимущественно биологические процессы производства растений или животных не подлежат патентованию».

²⁵ Международная конвенция по охране новых сортов растений от 02.12.1961 (пересмотрена 10 ноября 1972 г., 23 октября 1978 г. и 19 марта 1991 г.).

²⁶ Директива Европейского парламента и Совета ЕС от 06.07.1998 № 98/44/ЕС о правовой охране биотехнологических изобретений // OJ 1998 L 213/13. В соответствии со

Interferences, 1985).

¹⁷ *J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.* 534 U.S. 124 (2001).

¹⁸ См.: *Lim D.* Op. cit. P. 567.

¹⁹ См.: *Winston E.J.* Sowing the Seeds of Protection // *Wisconsin Law Review*. 2014. P. 448.

²⁰ См.: *Виноградов А.М.* Патентное право РФ.

²¹ Plant Patent Act of 1930 и Plant Variety Protection Act of 1970.

— User: bibik@igzakon.ru IP address:



Европейского патентного бюро указал, что «...патент не может быть предоставлен на сам сорт растений, но может быть предоставлен, если сорт соответствует общим патентным требованиям»²⁷. Действительно, согласно п. 31 Декларативной части указанной Директивы о биотехнологических изобретениях «группа растений, объединенная определенным геном (а не всем геномом, как в случае с сортом), не подлежит охране как селекционное достижение и поэтому на такую группу возможно распространение патентной охраны, даже если она состоит из новых сортов растений». Сорта растений также могут охраняться патентом, если они являются прямым результатом запатентованного небиологического технического процесса. В самых последних своих решениях расширенный Апелляционный совет Европейского патентного бюро еще больше ограничил применение упомянутой нормы ст. 53 (b) об исключениях из патентоспособности объектов живой природы, в том числе и в отношении патентных заявок на продукт, который напрямую получен и/или определен «преимущественно биологическим процессом». Апелляционный совет указал, что «тот факт, что единственный доступный на дату подачи патентной заявки метод воспроизводства предмета заявки является преимущественно биологическим процессом производства растений, раскрытым в заявке, не делает патентную заявку в отношении растений или растительного материала, отличных от сортов растений, недопустимой»²⁸. Можно сказать, что расширенный Апелляционный совет пришел к выводу, что норма ст. 53 (b) об исключениях из патентоспособности Европейской патентной конвенции в отношении «преимущественно биологических процессов производства растений» подлежит

узкому толкованию и должна ограничиваться только этими процессами, не применяясь к продуктам, полученным таким способом. Следовательно, продукт, полученный «преимущественно биологическим способом воспроизводства растений или животных», может быть объектом патентования при соблюдении следующих условий: 1) соблюдены условия патентоспособности (новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость); 2) предмет заявки определен как продукт или как способ получения продукта, и 3) патент не испрашивается на отдельный вид растения, так как самостоятельные виды растений и животных прямо исключены из объектов патентования в соответствии со ст. 53 (b) Европейской патентной конвенции.

Такой подход является очень благоприятным для крупных сельскохозяйственных корпораций²⁹ и противопоставлен ограничительному подходу, свойственному патентному законодательству некоторых стран Евросоюза, исключающему возможность патентования растений, полученных «преимущественно биологическим способом»³⁰.

Распространение на объекты живой природы общего режима промышленной собственности остро поставило вопрос о резком сокращении доступа ко всему богатству живой природы для сельхозпроизводителей и потребителей.

Исторически правительства многих развивающихся стран очень критически относились к приватизации объектов живой природы через институты интеллектуальных прав, «во-первых, из-за их собственного (различного) национального опыта установления права

ст. 2 Директивы «(а) процесс производства растений или животных является преимущественно биологическим процессом, если он полностью состоит из естественных процессов, таких как скрещивание или селекция».

²⁷ Transgenic Plant/NOVARTIS II, G 001/98 [2000] OJ 111.

²⁸ См.: Enlarged Board of Appeal, EPO, Appeal number T 1242/06, Case G0002/12, Tomato II (March 25, 2015); Enlarged Board of Appeal, EPO, Appeal number T 0083/05 — 3.3.04, Case G0002/13, Broccoli II (March 25, 2015). Стоит заметить, что Апелляционный совет подчеркнул, что «не существует единого понимания того, какими должны быть возможные ограничения нормы об исключениях из патентоспособности» (case G002/13. P. 41). Следовательно, норма ст. 53 (b) Европейской патентной конвенции об исключениях из патентоспособности в части «преимущественно биологических процессов производства растений» распространяет свое действие не только на биологические селекционные процессы, но и на все вообще результаты, полученные посредством биологических процессов.

²⁹ См. дискуссию: *Minssen T., Nordberg A.* The Impact of Broccoli II & Tomato II on European Patents in Conventional Breeding, GMO's and Synthetic Biology: The Grand Finale of a Juicy Patents Tale? // *Biotechnology Law Report*. 2015. Vol. 34. № 3. P. 81–98.

³⁰ См.: Enlarged Board of Appeal, EPO, Appeal number T 0083/05 — 3.3.04, Case G0002/13, Broccoli II (March 25, 2015), P. 64–65 [Part VIII(2)6d]. Расширенный Апелляционный совет в этом деле цитирует недавние изменения патентных законов Германии (принят в 1936 г. и изменен в 2013 г.) и Нидерландов (принят в 1995 г. и изменен в 2014 г.). Тем не менее, как отметил Апелляционный совет, «подобные изменения не были проведены в Англии, Франции, Австрии и Швейцарии». Посмотрим, последует ли Европейский суд справедливости такому узкому толкованию нормы об исключениях из патентоспособности результатов, полученных преимущественно биологическим путем, при толковании нормы ст. 4 (1) Директивы по биотехнологиям.

собственности на биологические ресурсы, и во-вторых, поскольку патентование стало главным механизмом для захвата (и эксплуатации корпорациями развитых стран) природных ресурсов и их генетических материалов»³¹. Например, известно, что Римско-католическая церковь в Бразилии активно выступала за отказ от патентной охраны объектов живой природы³². Но есть и аргументы экономического характера, основанные на несправедливом распределении доходов от использования генетических ресурсов. Так, многие развивающиеся страны считают, что режим интеллектуальной собственности в отношении объектов живой природы был включен в глобальную повестку развитыми странами только тогда, когда значительные генетические ресурсы уже были бесплатно изъяты ими из стран развивающихся (как правило, тропических, в которых находятся основные генетические ресурсы)³³.

Как результат жесткой оппозиции развивающихся стран, Соглашение ТРИПС 1995 г. не требует от государств предоставления патентной охраны объектам живой природы. Однако оно предписывает создание некой самостоятельной модели охраны — *sui generis*. Статья 27.3 (b) позволяет членам ВТО исключить из объектов патентования «растения и животных, за исключением микроорганизмов, и преимущественно биологические процессы, необходимые для производства растений и животных, отличные от небиологических и микробиологических процессов», однако для сортов растений государство должно обеспечить защиту посредством установления патентов или «эффективной системы *sui generis*». В то же время ВТО не определяет, что именно понимается под «эффективной системой *sui generis*».

Таким режимом принято считать предоставление охраны селекционным достижениям на основании уже упомянутой Конвенции УПОВ, которая была принята в 1961 г., в том числе с целью охраны интересов фермеров и производителей посредством введения исключений, позволяющих фермерам сохранять семена от одного посевного сезона к другому, а производителям — использовать защищенные семена в

научных целях. УПОВ — это межправительственная организация, большинство членов которой являются развитыми индустриальными странами и которая устанавливает общие правила признания и защиты сортов растений по всему миру. Право на селекционное достижение представляло собой главную форму *sui generis* защиты прав на сорта растений, пока, как мы отмечали выше, Верховный суд США в деле *Diamond v. Chakrabarty* не предоставил возможность патентования живых организмов.

Право на селекционное достижение дает растениеводам-селекционерам права, похожие на патентные. Эти *sui generis* права охраняют генетическое строение сорта растений; критериями охраны являются новизна, различительная способность, однородность и стабильность. Режим охраны селекционных достижений предоставляет разработчику новой комбинации генов, которая демонстрируется отличительным, однородным и стабильным сортом (фенотипом сорта), набор прав без какой-либо необходимости доказывания изобретательского уровня или конкретной полезности, поскольку права предоставляются только на основе оценки ценности сорта, определяемой с позиций генетического качества сорта.

Хотя законы об охране сортов растений могут содержать исключения для селекционеров, позволяя им использовать охраняемые сорта для дальнейшей селекции, а фермерам сохранять семена после урожая, условия применения этих исключений по мере развития данного режима регулирования становились под воздействием индустриального лобби все более ограничительными, что сближало данный режим с патентным. Эта тенденция была легализована после принятия в 1991 г. новой редакции Конвенции УПОВ. После трансформации режима УПОВ, произошедшей в результате прямого или косвенного давления со стороны развитых стран, права на селекционные достижения были постепенно имплементированы в законодательства большинства развивающихся стран, что делалось, как правило, в рамках переговоров о заключении договоров о поощрении инвестиций и свободной торговле, содержащих обязанность развивающихся стран соблюдать правила УПОВ.

Имплементация правил УПОВ и других форм охраны интеллектуальных прав в области биологических ресурсов в законодательства развивающихся стран

³¹ May C., *Sell S.K. Intellectual Property Rights: A Critical History*. Boulder, Colo, 2006. P. 191.

³² См.: Chen J.M. *Biodiversity and Biotechnology: A Misunderstood Relation* // Michigan State Law Review. 2005. Vol. 51. P. 51–
Loaded 27-05-2016 AMt 11:49:07

³³ Ibid. P. 54.



подчеркивает существенное противоречие между разными подходами к стимулированию инноваций в этой области.

Традиционные подходы, основанные на принципах обмена и открытого доступа к знаниям, вошли в конфликт с ограничительным подходом, базирующимся на приватизации генетической информации и контроле методов производства.

Некоторые развивающиеся страны пошли по пути создания действительно *sui generis* систем охраны в данной сфере, отказавшись от унифицированного подхода, навязываемого в рамках торговых переговоров развитыми странами. Например, в Индии объем правовой охраны в области биологических ресурсов определен так, чтобы обеспечить более широкие возможности для доступа к генетической информации как сельхозпроизводителей, так и селекционеров. Закон Индии об охране сортов растений и прав фермеров (далее — Закон *PVPFR*), который вступил в силу в 2007 г., содержит положение о том, что селекционер или любое другое лицо, уполномоченное производить, продвигать на рынке, продавать семена зарегистрированного сорта, должен сделать эти семена или репродукционные материалы своевременно доступными фермерам с целью «удовлетворения их потребностей по разумной рыночной цене» (правило 36А). Ряд положений Закона *PVPFR* прямо или косвенно признают специфические права фермеров или устанавливают определенные права для фермеров и фермерского сообщества³⁴. В соответствии с этим Законом фермеры имеют право «сохранять, использовать, сеять, пересевать, обменивать, распространять или продавать продукцию фермы, включая семена охраняемого сорта», которые они имели и до принятия Закона, за исключением права продавать брендированные семена охраняемого сорта. Фермеры имеют право на признание и вознаграждение в случаях, когда сохраненный и улучшенный ими генетический материал используется в разработке новых сортов. Фермеры также имеют право требовать от селекционера вознаграждение, если приобретенный ими сорт не соответствует информации, предоставленной селекционером. Наконец, фер-

меры не подлежат ответственности за невиновное нарушение прав правообладателей.

Очень важно, что в силу Закона *PVPFR* уполномоченное ведомство Индии имеет право выдать принудительную лицензию по истечении трех лет с момента регистрации сорта, если селекционер не удовлетворял разумные потребности общества в семенах или другом репродукционном материале или если семена или репродукционный материал не были предложены обществу по разумной цене.

Характерно, что возможность принудительного лицензирования предусматривает и Европейская директива о правовой охране биотехнологических изобретений в случаях, когда, не имея такой лицензии, селекционер не может получить или использовать право на селекционное достижение, необходимое ему в работе над новыми сортами. Такое лицензирование предусматривает уплату вознаграждения на справедливых условиях³⁵. Тем не менее в Европе условия обращения за принудительными лицензиями достаточно ограничительные, поскольку заявители должны продемонстрировать, что «(а) их обращение к владельцу патента или права на селекционное достижение по поводу договорной лицензии не было успешным; (б) сорт растений или изобретение являются прогрессивными и поэтому представляют значительный экономический интерес по сравнению с объектами патента или правами на селекционное достижение, в отношении которых испрашивается принудительная лицензия»³⁶.

Новая модель семеноводства: вызовы для антимонопольного права и политики

Трансформация регулирования прав на объекты живой природы привела к стремительному росту коммерческого рынка семян за последние 20 лет. Однако использование интеллектуальной собственности для семенного бизнеса создало целый ряд моделей поведения и практик, которые выходят далеко за границы линейной коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности.

³⁴ См.: Koonan S. India's Sui Generis System of Plant Variety Protection // Quaker United Nations Office. 2014. Briefing Paper No. 4. URL: <http://quino.org/sites/default/files/resources/LoadDoc%20-%2020180420149020variety%20protection%20-%202014.pdf> (дата обращения: 25.04.2016).

User: bibik@igzakon.ru IP address:

³⁵ См.: ст. 4 (2) и 12 Европейской директивы о правовой охране биотехнологических изобретений.

³⁶ Там же.

Некоторые из этих практик вызывают существенные вопросы с точки зрения антимонопольного регулирования и эффективного функционирования глобальных продовольственных цепочек.

Получение патентной охраны для семенных компаний означало переход к модели продажи семян, основанной на лицензионных соглашениях, а не на договорах купли-продажи. Такой переход в полной мере был невозможен в рамках института охраны селекционных достижений, поскольку, как мы сказали выше, в большинстве правовых порядков, в том числе в США, этот режим позволяет фермерам сохранять и пересевать семена даже при наличии интеллектуальных прав у семенных компаний. Кроме того, регулирование селекционных достижений, как правило, более ограничительно в части доказывания нарушения прав (учитывая, что охрана предоставляется по фенотипическим признакам сорта) и допустимых лицензионных практик.

Эти ограничения отрасли удалось снять через уход от охраны селекционных достижений к биотехнологическим патентам.

Основным инструментом продажи семян в новой модели стали лицензионные соглашения с большим количеством детализированных условий использования семян, в частности запрещающих фермерам сохранять семена и использовать их для следующей посевной кампании, что позволяет обладателям патентов контролировать фермеров с помощью договорных обязательств. Примером может служить так называемый договор о передаче технологии компании *Monsanto*, по которому семена продаются под торговой маркой *Roundup Ready*. Данный договор довольно жестко регламентирует процесс обращения фермера с семенами с целью недопущения их последующего использования и пересевания. Нарушение этого регламента может рассматриваться как договорное правонарушение, влекущее draconianские санкции: фермер, которого поймали на нарушении регламента, обязан заплатить 120-кратный размер цены, заплаченной за технологию, и судебные издержки. Исполнение этих условий договора обусловлено возможностью проведения постоянной проверки полей фермера сотрудниками *Monsanto*. Механизмом разрешения споров по умолчанию является арбитражное разбирательство, имеющее обязательную силу. Мно-

гие исследователи обращают внимание, что эти договорные ограничения традиционного для фермеров поведения по сохранению и обмену семенами ограничивают фермеров также и в исследовании и разработке новых видов семян, а поэтому представляют собой существенное ограничение для инновационной деятельности. В свою очередь, *Monsanto* считает, что такие договорные практики — это единственный эффективный способ возврата инвестиций в научно-исследовательские работы.

Другим инструментом в семенной отрасли, основанном на институте интеллектуальной собственности, но не являющимся способом реализации интеллектуальных прав, стало повсеместное использование биологических инструментов для защиты интеллектуальных прав. В числе таких инструментов — мужская цитоплазматическая стерилизация, которая является одним из самых эффективных методов производства гибридных семян, лишенных возможности к самовоспроизводству. Другим биологическим инструментом защиты является технология ограничения генетического использования (*GURT*), которая предотвращает сохранение семян фермерами, так как не позволяет генетически спроектированным растениям прорастать в последующих поколениях или воспроизводить специальные признаки (например, устойчивость к гербицидам), которые охраняются интеллектуальными правами, если только не опрыскать их специальными химикатами для активации соответствующего гена. Подобные инструменты биологической защиты становятся все более популярным средством закрепления своей рыночной власти, основанной на биотехнологических разработках со стороны семенных гигантов, и сами также находятся под охраной патентного права, поскольку принадлежат лишь нескольким мировым семенным компаниям.

Новая среда, основанная как на собственности на объекты живой природы, так и на структурированных практиках контрактации и использования технологических средств защиты, превращает сельскохозяйственный рынок в его самой важной — начальной — стадии цепочки создания стоимости в закрытую систему.

Это затрудняет включение государственных институтов в процесс инноваций в семенной индустрии и продвижение открытого доступа и духа свободного об-



мена, которые превалировали до расширения сферы действия собственнических моделей в этой отрасли. Указанные стратегии повлияли на резкий рост экономической концентрации семенной отрасли, ставшей результатом волны слияний и поглощений и консолидации патентных прав. Так, например, собственники и разработчики запатентованных семян осуществляют рыночную концентрацию путем заключения взаимных лицензионных соглашений, направленных на включение запатентованных технологий (в большинстве случаев это технологии компании *Monsanto*) в семенную продукцию друг друга. Соглашения о взаимном лицензировании, заключенные между компанией *Monsanto* и ее конкурентами на рынке семян, позволяют компании *Monsanto* контролировать использование своих объектов ее конкурентами и формируют состояние взаимной координации, в полной мере напоминающее картель. Однако в силу действующих в большинстве правовых порядков изъятий для картелизации в сфере совместных исследований и разработок такие формы картеля пока выпадают из-под антимонопольного регулирования. Впрочем, в ряде случаев регуляторы все же реагируют на картелизацию через взаимное лицензирование. Так, в 2006 г. компания *Syngenta* приобрела у компании *Monsanto* предприятие по производству семян подсолнуха. Европейская комиссия выразила беспокойство относительно возможных эффектов подобного слияния, которые устранят основного конкурента на рынке семян подсолнечника в Испании и Венгрии. Также Комиссия высказала озабоченность в отношении обмена и лицензирования прав на сорта подсолнечника, поскольку стороны слияния приобретут возможность ограничивать доступ конкурентов к средствам производства, что приведет к избыточной коммерциализации рынка семян подсолнечника. В конечном итоге это повлекло бы сокращение инноваций и выбора гибридов семян подсолнечника для потребителей. В ответ на указанные опасения компания *Monsanto* согласилась сократить долю гибридов подсолнечника, а также родительских линий, использующихся для создания таких гибридов, права на которые подлежали взаимному лицензированию³⁷. Минюст США применил также антимонопольные меры для предотвращения возможного ограничения конкуренции лицензионными договорами, заключенными компанией *Monsanto* и производителями семян кукурузы

DeKalb и семян хлопчатника *Delta* и *Pine Land*. Компания *Monsanto* была обязана отказаться от ограничений по сохранению излишка семян в отношении своих лицензиатов, предоставить широкий доступ через лицензирование к генетическим материалам и избавиться от части активов идиоплазмы и семян³⁸. Компания *Monsanto*, занимая доминирующее положение на рынке генетических технологий, приобрела несколько независимых семенных компаний в период с середины 1990-х и конца 2000-х гг., значительно усилив свои позиции на рынке трансгенных семян, последствием чего стало создание вертикально интегрированных платформ генных технологий и трансгенных семян³⁹. Для того чтобы сочетать семенные признаки, новому разработчику необходимо сочетать его собственные технологии с технологиями компании *Monsanto* или иных конкурентов.

Учитывая ограниченное число комбинаций генетических признаков, которые могут быть созданы, и значительную долю *Monsanto* в собственности на генетические семенные признаки, многие биотехнологические разработки разных компаний сегодня содержат генные признаки, принадлежащие компании *Monsanto*⁴⁰.

Лицензионные соглашения компании *Monsanto* с фермерами запрещают традиционную практику сохранения фермерами семян от собранного урожая для посева в следующем сезоне, тем самым ограничивая конкуренцию семян, выращенных фермерами. Таким образом, *Monsanto* фактически использует свои интеллектуальные права для усиления рыночной власти на рынках, не связанных напрямую с исследованиями и разработками. У фермеров есть три источника покупки семян: (1) приобрести новые семена у семенных компаний, государственных институтов и дилеров, (2) сохранить часть собственного урожая на семена и (3) продать зерновым дилерам часть урожая в обмен на

³⁸ См.: Moss D.L. Competition, Intellectual Property Rights, and Transgenic Seed // South Dakota Law Review. 2013. Vol. 58. P. 546.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ См.: Lim D. Op. cit. P. 636. Автор отмечает, что технология *Roundup Ready* компании *Monsanto* «стала стандартом отрасли или фактически стандартным патентом», что сделало возможным обращаться за получением принудительных лицензий на основании доктрины недискриминационного доступа к ключевым технологиям или доктрины злоупотребления патентными правами.

семена⁴¹. Посредством подписания ограничительных лицензионных соглашений семенные компании сокращают возможности фермеров и, следовательно, способны увеличивать размер лицензионных платежей и цен на семена.

Семенные компании также активно используют свои интеллектуальные права и противодействуют тому, что они называют семенным пиратством, подавая множественные судебные иски о нарушениях патентов, даже в тех случаях, когда сельскохозяйственные угодья были непреднамеренно засорены соседскими генетически модифицированными культурами. Эта стратегия во многом напоминает патентный «троллинг», суть которого заключается в создании давления на участников рынка за счет агрессивной претензионной работы. Такая стратегия дает эффект, особенно если между агрессором и жертвой существует большой дисбаланс в части имеющихся в распоряжении ресурсов для судебной работы. Такие иски вполне могут быть квалифицированы как форма злоупотребления рыночной властью, выразившегося в навязывании невыгодных договорных условий, фактическом требовании об исключительном дилерстве или в ограничении доступа к существенным ресурсам, а также ограничении инновационной деятельности, в частности в форме включения в соглашения о взаимном лицензировании ограничений возможности объединения конкурирующими семенными компаниями охраняемых семенных признаков и своих семенных признаков⁴². Тем не менее в последнее время отмечается, что подобные аргументы защиты, как правило, остаются без удовлетворения⁴³.

Вместе с тем лицензионные соглашения компании *Monsanto* в некоторых странах были признаны соглашениями, дающими компании возможность влиять на принятие стратегических решений компаниями-лицензиатами.

Такие соглашения настолько глубоко влияют на рыночную автономию лицензиатов, что вполне подпадают

под определение экономической концентрации⁴⁴. Так, Административный совет по экономической защите (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE*) Бразилии одобрил с ограничениями четыре сделки, включая лицензионные соглашения, посредством которых компания *Monsanto do Brasil Ltda* наделяла другие компании полномочиями на территории Бразилии по разработке, производству и покупке семян соевых бобов с технологией *Intact RR2 PROTM*, принадлежащей *Monsanto*. *CADE* обусловил одобрение таких сделок изменением условий, согласно которым компания *Monsanto* имела право влиять на стратегические решения лицензиатов. Такое влияние распространялось не только на решения об использовании технологии *Intact*, но и в широком смысле на производственный процесс лицензиатов-фермеров. Согласно условиям договора также был установлен механизм вознаграждения для лицензиатов, зависящий от продаж продукции *Intact* и продаж сертифицированных семян конкурентов *Monsanto*. В случае если лицензиат принимает решение об увеличении производства за счет использования запатентованного продукта конкурирующей компании, вознаграждение за производство продукции, произведенной с использованием технологии *Intact*, будет соразмерно уменьшено. Соответственно, конкуренты *Monsanto* вынуждены корректировать цену сделки, повышая вознаграждение производителю, готовому использовать их семена, для компенсации потерь этого производителя, которые станут следствием использования производителем технологии конкурента *Monsanto*.

Развитие подобного «контрактного сельского хозяйства»⁴⁵, включение фермеров в долгосрочные отношения с несколькими компаниями, контролирующими рынок биотехнологических семян по модели «бери, что дают, или уходи», привело к сокращению дохода фермеров и переходу львиной доли дохода к крупнейшим семенным компаниям.

⁴¹ См.: *Srivastava J.P., Jaffee S. Best Practices for Moving Seed Technology: New Approaches to Doing Business // World Bank Technical Paper No. 213. Washington D.C., 1993.*

⁴² См.: *Moss D.L. Competition, Intellectual Property Rights, and*

Loaded: 27-05-2016 AM 11:49:07

⁴³ Ibid.

—User:bibik@igzakon.ru IP adress:
60

⁴⁴ См.: *Marques de Carvalho V. Agreements and Competition Enforcement: The Choice between Preventive and Repressive Channels // Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute / ed. by B. Hawk. N.Y., 2014. P. 41–42.*

⁴⁵ *Hart N.E. The Age of Contract Agriculture: Consequences of concentration in Input Supply // Journal of Agribusiness. 2000. Vol. 18 (1). P. 115–127. См. также: MacDonald J., Perry J., Ahearn M. et al. Contracts, Markets, and Prices: Organizing the Production and Use of Agricultural Commodities // Agricultural Economic Report. 2004. No. 837. URL: http://ers.usda.gov/media/284610/aer837_1_.pdf (дата обращения: 25.04.2016).*



В 2013 г. в ключевом для отрасли деле *Bowman v. Monsanto* Верховный суд США сократил сферу действия доктрины исчерпания патентных прав в отношении семян, указав, что продажа первого поколения семян не исчерпывает защиту прав для будущих поколений. Фермер, который приобрел семена для выращивания, не может посеять новый урожай, используя семена, полученные от первого урожая, поскольку, как отметил Суд, такие действия должны рассматриваться как *воссоздание* запатентованного продукта, а не *повторное использование* или *продажа* семян, которые были приобретены⁴⁶. Пожилого фермера из Индианы Х. Боумана признали нарушившим два патента компании *Monsanto*, поскольку он создал копии генетически модифицированных, устойчивых к гербицидам семян соевых бобов посредством простой посадки, выращивания, сбора, сохранения и повторной посадки запатентованных семян. История данного дела заслуживает отдельного рассказа, но для настоящей статьи лишь отметим, что Х. Боуман оказался заложником нового толкования доктрины исчерпания исключительных прав, которая на протяжении многих лет действовала в сфере промышленной собственности. Введение в оборот, или так называемая первая продажа, вещи исчерпывает интеллектуальные права. Применительно ко всем иным объектам промышленной собственности вопрос, поставленный в деле Боумана, никогда не возникал, поскольку ни станки, ни оборудование не имеют свойства самовоспроизводства, как семена. А живые организмы до самого последнего времени не были объектами патентной приватизации. Решившись на распространение патентной охраны на формы жизни, американский законодатель (в данном случае Верховный суд) вынужден был начать видоизменять ключевые принципы и доктрины, на которых был построен институт промышленной собственности. В каком-то смысле это стало платой за введение в старую модель промышленной собственности новой и несвойственной для нее области живой природы.

Технологии *Roundup* и *Roundup Ready* компании *Monsanto* с тех пор перешли в общественное достояние, так как патент истек в 2015 г. Однако компания *Monsanto* запатентовала технологию *Genuity™ Roundup Ready 2 Yield* для, по сути, аналогичного семенного признака, и эти семена охраняются теперь новым патентом на изобретение, который не истечет до конца следующего десятилетия. В то же время для того, чтобы

на рынок вышли семена, воспроизводящие технологии *Roundup* и *Roundup Ready*, компаниям, производящим семена-дженерики, необходим доступ к данным, которыми владеет компания *Monsanto* и которые позволяют проводить исследования и тестирования. Данная проблема семенной отрасли сильно напоминает ситуацию в сфере фармацевтики, в которой компании, владеющие патентами на популярные препараты, применяют все возможные стратегии по неформальному продлению срока действия патентов после их официального истечения. К таким практикам владельцев исключительных прав в фармацевтическом секторе, получившим название вечнозеленого поддержания патентной охраны, в антимонопольном праве США и Европы уже применяются доктрины, борющиеся с подобными проявлениями (например, дела *FTC v. Actavis* в США⁴⁷ и *Astra Zeneca* в ЕС⁴⁸). Вероятно, назрела необходимость применения аналогичных подходов и в семенной отрасли для ускорения вывода дженериковых аналогов популярных трансгенных сортов, поскольку возможность конкуренции дженериков в сфере трансгенных семян также будет ограниченной, если не начать проводить последовательную государственную политику по стимулированию вывода дженериков высокопроизводительных семян на рынок через раскрытие доступа к данным испытаний и иной существенной исследовательской информации⁴⁹.

Система договорных лицензионных ограничений и иных инновационных моделей охраны биотехнологических разработок ведет к созданию интегрированных вертикальных платформ, заменяющих традиционные рынки в сельскохозяйственной отрасли. Как отмечает Д. Мосс, президент Американского антимонопольного института, «...организация отрасли трансгенных семян фундаментально изменилась в течение последних двух десятилетий в результате перехода от отдельных собственников биотехнологических и семенных активов к интегрированным платформам. Такие платформы состоят из трех основных уровней: (1) разработки, включающие технологии генетической трансформации и геномов, (2) генетические признаки, которые выражены в агрономии, включая устойчивость к насекомым (*Bt*) и устойчивость к гербицидам (*Ht*), и (3) ультрасовре-

⁴⁷ Federal Trade Commission v. Actavis, 133 S.Ct. 2223 (2013).

⁴⁸ Case C-457/10 P. AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v. European Commission. ECLI:EU:C:2012:770.

⁴⁹ См.: Moss D.L. Transgenic Seed. The High Technology Test for Antitrust? // Competition Policy International. 2010. Vol. 2.

менные семена, содержащие генетические признаки, основным поставщиком которых для фермеров являются семенные компании. Большинство существующих трансгенных семян содержит многоступенчатые или „пакетированные“ генетические признаки»⁵⁰.

Такие семенные платформы могут быть созданы для безобидных целей, например для экономии на исследовательской координации. Однако они могут возникать и вследствие целенаправленного усиления рыночной власти в рамках глобальной цепочки поставок посредством контроля над запатентованной технологией и дистрибьюторскими каналами поставки трансгенных семян фермерам⁵¹. Частично это стало результатом распространения и усиления роли интеллектуальной собственности в этой сфере.

Антимонопольные ведомства должны поддерживать конкуренцию как внутри платформ, так и между ними, учитывая консолидацию отрасли и доминирующее положение некоторых мировых семенных компаний, которые через приобретение в собственность или заключение огромного количества взаимных лицензионных договоров или договоров о ведении совместной деятельности контролируют большие, совершенно закрытые семенные биотехнологические платформы, что может быть изменено только в результате маловероятного появления конкурирующих платформ. Это может привести к монополии одной компании и потере конкурентами права доступа к технологии, за что и критикуют внутреннюю конкуренцию платформ. Проведение более активного антимонопольного контроля *ex ante* (посредством контроля слияний) и контроля *ex post* (злоупотребление доминирующим положением, заключение соглашений, ограничивающих конкуренцию) в этой отрасли и увеличение правительственного финансирования исследований могут простимулировать развитие альтернативных платформ.

Более того, переход генетического материала и зародышевых семенных признаков в общественное достояние может способствовать инновационному развитию за счет стимулирования конкуренции в данной сфере⁵².

⁵⁰ Moss D.L. Transgenic Seed Platforms: Competition Between a Rock and a Hard Place? // AAI Submission. 2009. P. 2.

⁵¹ Ibid.

⁵² Downloaded from <http://ajph.org/> on May 11, 2016. See also: Public domain for genetic information см., в частности: Crop

Преобразование фермеров из предпринимателей, принимающих на себя риски (что является важным стимулом к инновациям), в агентов или наемных работников семенных компаний, получающих фиксированное вознаграждение, ведет к сворачиванию инновационной активности на уровне сельхозпроизводителей. В определенном смысле обозначенные тенденции могут привести к тому, что фермеры и семенные компании станут, в сущности, единым предприятием, что отменит какую-либо самостоятельную творческую активность в производственном звене глобальной продовольственной цепочки.

Заключение

Стремительная экономическая концентрация на мировом рынке семян, ставшая следствием проникновения в отрасль несвойственных для нее правовых режимов, таких как патентная охрана, детальные регламентные лицензионные соглашения, устанавливающие, по сути, условия ведения хозяйственной деятельности сельхозпроизводителями, и патентные пулы, агрегирующие результаты научно-технической активности в отрасли, ведет к возникновению устойчивой олигополии на этом важном участке глобальной продовольственной цепочки. Концентрация, идущая под лозунгом интенсификации инновационной деятельности, сказывается и на многих других аспектах функционирования названной цепочки, в том числе в форме снижения инновационной активности сельхозпроизводителей. Создание фактически закрытых вертикально интегрированных семенных платформ может в ближайшей перспективе вести к сдерживанию инноваций. На повестке дня стоит и более общий вопрос о распределении выгод от подобной инновационной модели для игроков на различных участках глобальной продовольственной цепочки. Сегодня

Genetic Resources as a Global Commons / ed. by M. Halewood, I.L. pez Noriega, S. Louafi. London: Earthscan, 2013; Falcon W.P., Fowler C. Carving up the Commons — Emergence of a New International Regime for Germplasm Development and Transfer // Food Policy. 2002. Vol. 27. P. 197–222. См. также: Global Environmental Commons: Analytical and Political Challenges in Building Governance Mechanisms / ed. by E. Brousseau, T. Dedeurwaerdere, P.-A. Juvet et al. Oxford, 2012; Dedeurwaerdere T., Melindi-Ghidi P., Broggiato A. Global Scientific Research Commons under the Nagoya Protocol: Towards a collaborative economy model for the sharing of basic research assets // Environmental Science & Policy. 2016. Vol. 55. Part 1. P. 1–10.



сельхозпроизводители передают такие функции, как управление рисками, агротехнологическим компаниям, что порождает неформальную вертикальную интеграцию мирового масштаба на производственном участке глобальной продовольственной цепочки, социальные последствия которой еще мало изучены. Практически не ведется оценка ускоряющейся экономической концентрации, включая обмен правами интеллектуальной собственности, с точки зрения публичных интересов и международных обязательств, например по сохранению биоразнообразия, обеспечению устойчивого развития, права на еду и т.д.⁵³ Вопросы создания условий для общедоступности генетических ресурсов и генных технологий, равно как и формирования рынка дженериков биологических культур, все еще не находят своих ответов в мерах государственной политики, в том числе антимонопольного регулирования в России и других развивающихся странах. Специальный докладчик ООН, оценивая взаимосвязь антимонопольных режимов, работы глобальной продовольственной цепочки и удовлетворения фундаментального права на еду, отметил «прямую связь между способностью конкурентных режимов отвечать на злоупотребление правами в продовольственной цепочке и осуществлением права на достаточное питание»⁵⁴. Он, в частности, считает, что «режимы антимонопольного права должны быть усовершенствованы в соответствии с требованиями о равенстве и недискриминации, и содействовать реализации прав человека, включая среди прочего право на еду, право на труд и право

на развитие»⁵⁵. Растущая обеспокоенность все усиливающимся экономическим неравенством и той ролью, которое играет антимонопольное право в этом контексте⁵⁶, может привести к пересмотру подходов к антимонопольному регулированию. Все еще плохо проработанным является вопрос о том, как режим интеллектуальной собственности, в особенности патентный режим, влияет на инновационный процесс на разных уровнях продовольственной цепочки⁵⁷. Более справедливое распределение доходов, порождаемых инновациями, и сосредоточение внимания антимонопольного права на том, каким образом добавленная стоимость распределяется между различными уровнями глобальной цепочки поставок, должно войти в фокус антимонопольного регулирования.

Эти серьезные вопросы могут постепенно привести к переосмыслению некоторых ключевых догматов конкурентного права и к реабилитации подходов, которые долгое время оставались за рамками профессионального обсуждения в антимонопольной сфере после ее перехода в 1970–1980-е гг. к доминирующей сейчас неоклассической ценовой теории⁵⁸. Такое переосмысление может сыграть ключевую роль для развивающихся стран, способствовать поддержанию и упрочению их позиции в рамках глобальных цепочек создания стоимости⁵⁹.

России и другим развивающимся странам сегодня в условиях стремительной глобализации и технологизации основных рынков нужно задуматься об адаптации мер антимонопольной политики к данным вызовам.

Проактивное регулирование инновационных рынков, завязанных на права интеллектуальной собственности

⁵³ Биологическое разнообразие защищается на международном уровне Конвенцией по биологическому разнообразию, принятой в 1992 г. Обеспечение справедливого и равного доступа к выгодам от использования генетических ресурсов предусмотрено также Нагойским протоколом о доступе к генетическим ресурсам, дополнительным соглашением к Конвенции по биологическому разнообразию, принятым в 2010 г. (вступившим в силу в 2014 г.). Нагойский протокол устанавливает ключевые обязательства для договаривающихся сторон, включая меры, принимаемые на национальном уровне для создания условий по стимулированию и поощрению исследований, вносящих вклад в сохранение биоразнообразия и устойчивого развития, а также принятия взаимовыгодных обязательств в отношении освоения генетических ресурсов, равно как и последующей коммерциализации, подчиняющихся совместно выработанным условиям договоров (возмездных или безвозмездных).

⁵⁴ De Schutter O. Addressing Concentration in Food Supply Chains // Briefing Note 03. December, 2010. URL: <http://srfood.org/en/Loading-27-05-2016-AM-11-49-07> (дата обращения: 25.04.2016). P. 1.

User: bibik@igzakon.ru IP adress:

⁵⁵ Ibid. P. 4.

⁵⁶ См.: Atkinson A. Inequality: What can be done? Harvard, 2015.

⁵⁷ Определенный интерес могут представлять недавно проведенные исследования по вопросу распределения добавленной стоимости от инновационной деятельности в глобальной цепочке поставок электроники и роли переговорной силы в этом контексте. См.: Dedrick J. Who Profits from Innovation in Global Value Chains?: a study of the iPod and notebook PCs // Industrial and Corporate Change. 2010. Vol. 19 (1). P. 81–116.

⁵⁸ Например, можно задуматься о необходимости реабилитации концепции неравенства переговорной силы или более общей концепции относительной рыночной власти. См.: Lianos I., Lombardi C. Op. cit.

⁵⁹ United Nations Conference on Trade and Development. Global Value Chains and Development: Investment and Value Added Trade in the Global Economy, UN Doc UNCTAD/DIAE/2013/1.

сти, особенно в таких чувствительных и стремительно меняющихся областях, как продовольственная сфера, является уже перезревшей необходимостью, если Россия всерьез обеспокоена задачей стимулирования инновационного развития и эффективной интеграции в глобальную экономику.

References

- Atkinson, A. *Inequality: What Can Be Done?* Harvard, Harvard University Press, 2015. 400 p.
- Biggs, S.D. and Clay, E.J. "Sources of Innovations in Agricultural Technology". *World Development*. 1981. Vol. 9. P. 321–336.
- Brousseau, E., Dedeurwaerdere, T., Juvet, P.-A. and Willinger, M. (eds.). *Global Environmental Commons: Analytical and Political Challenges in Building Governance Mechanisms*. Oxford, Oxford University Press, 2012. 464 p.
- Chen, J.M. "Biodiversity and Biotechnology: A Misunderstood Relation". *Michigan State Law Review*. 2005. Vol. 51. P. 51–102.
- De Schutter, O. *Addressing Concentration in Food Supply Chains*. Briefing Note. December 3, 2010, available at: <http://srfood.org/en/briefing-note-addressing-concentration-in-food-supply-chains> (accessed 25 April 2016).
- Dedeurwaerdere, T., Melindi-Ghidi, P. and Broggiato, A. "Global Scientific Research Commons under the Nagoya Protocol: Towards a Collaborative Economy Model for the Sharing of Basic Research Assets". *Environmental Science & Policy*. 2016. Vol. 55. Part 1. P. 1–10.
- Dedrick, J. "Who Profits from Innovation in Global Value Chains? A study of the iPod and notebook PCs". *Industrial and Corporate Change*. 2010. Vol. 19 (1). P. 81–116.
- ETC Group. *Breaking Bad: Big Ag Mega-Mergers in Play*, available at: <http://etcgroup.org/content/breaking-bad-big-ag-mega-mergers-play> (accessed 25 April 2016).
- Falcon, W.P. and Fowler, C. "Carving up the Commons — Emergence of a New International Regime for Germplasm Development and Transfer". *Food Policy*. 2002. Vol. 27. P. 197–222.
- Gereffi, G., Humphrey, J. and Sturgeon, T. "The Governance of Global Value Chains". *Review of International Political Economy*. 2005. Vol. 12. No. 1. P. 78–104.
- Halewood, M., Lopez Noriega, I. and Louafi, S. (eds.). *Crop Genetic Resources as a Global Commons*. London:Earthscan, 2013. 424 p.
- Hart, N.E. "The Age of Contract Agriculture: Consequences of Concentration in Input Supply". *Journal of Agribusiness*. 2000. Vol. 18 (1). P. 115–127.
- Heimes, R.S. "Post-Sale Restrictions on Patented Seeds: Which Law Governs?". *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*. 2009–2010. Vol. 10. No. 2. P. 98–152.
- Heisey, P.W., King, J.L. and Rubenstein, K.D. "Patterns of Public-Sector and Private-Sector Patenting in Agricultural Biotechnology". *AgBioForum*. 2005. Vol. 8. No. 2, 3. P. 73–82.
- Katalevskiy, D.Yu. and Kavtaradze, D.N. *Seeds and Food Security of Russia: Materials to the 10th International Conference of the Faculty of Public Administration of the Lomonosov Moscow State University "Public Administration in the XXI Century: Order of the Day for the Russian Authorities" (29–31 May 2012) [Semena i prodovol'stvennaya bezopasnost' Rossii: materialy 10-y mezhdunarodnoy konferentsii fakul'teta gosudarstvennogo upravleniya MGU imeni M.V. Lomonosova «Gosudarstvennoe upravlenie v XXI veke: povestka dnya rossiyskoy vlasti» (29–31 maya 2012 g.)]*. Moscow, Izdatel'stvo Moskovskogo universiteta, 2012. Vol. 1.
- Kochelyagin, N. "The Seeds Market Got Dependent" [*Rynok semyan popal v zavisimost'*]. *Agroinvestor [Agroinvestor]*. 2015. No. 11, available at: <http://agroinvestor.ru/analytics/article/22504-rynok-popal-v-zavisimost/full/#cut> (accessed 25 April 2016).
- Koonan, S. "India's Sui Generis System of Plant Variety Protection". Quaker United Nations Office, 2014. Briefing Paper No. 4, available at: <http://quano.org/sites/default/files/resources/QUNO%20India%20-%20plant%20variety%20protection%20-%202014.pdf> (accessed 25 April 2016).

Falcon, W.P. and Fowler, C. "Carving up the Commons — Emergence of a New International Regime for Germplasm



Lianos, I. and Lombardi, C. “Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain: The Wuthering Heights of Holistic Competition Law?”. *Concurrencies Review*. New York, The Institute of Competition Law, 2016. Iss. 1. P. 22–35.

Lianos, I., Katalevsky, D. and Ivanov, A. “The Global Seed Market, Competition Law and Intellectual Property Rights: Untying the Gordian Knot”. *Concurrencies Review*. New York, The Institute of Competition Law, 2016. Iss. 2.

Lim, D. “Living with Monsanto”. *Michigan State Law Review*. 2015. P. 559–663.

Llewelyn, M. “The Legal Protection of Biotechnological Inventions: An Alternative Approach”. *European Intellectual Property Review*. 1997. Vol. 19 (3). P. 115–127.

Lloyd’s. Food System Shock. The Insurance Impact of acute Disruption to Global Food Supply. Lloyd’s Emergent Risk Report-2015. Lloyd’s, 2015.

Louwaars, N.P., Tripp, R., Eaton, D., Henson-Apollo-
nio, V., Hu, R., Mendoza, M., Muhhuku, F., Pal, S. and
Wekundah, J. Impacts of Strengthened Intellectual Prop-
erty Rights Regimes on the Plant Breeding Industry in De-
veloping Countries. World Bank Report, February 2005,
available at: [http://iprsonline.org/resources/docs/Lou-
waarsCGN_Plants_05.pdf](http://iprsonline.org/resources/docs/Lou-
waarsCGN_Plants_05.pdf) (accessed 25 April 2016).

MacDonald, J., Perry, J., Ahearn, M., Banker, D., Cham-
bers, W., Dimitri, C., Key, N., Nelson, K. and Southard L.
“Contracts, Markets, and Prices: Organizing the Production
and Use of Agricultural Commodities”. *Agricultural Econom-
ic Report*. 2004. No. 837, available at: [http://ers.usda.gov/
media/284610/aer837_1_.pdf](http://ers.usda.gov/
media/284610/aer837_1_.pdf) (accessed 25 April 2016).

Marques de Carvalho, V. “Agreements and Competition
Enforcement: The Choice between Preventive and Re-
pressive Channels”, in: Hawk, B. (ed.). *Annual Proceed-
ings of the Fordham Corporate Law Institute*. New York,
Juris Publishing, 2014. P. 37–47.

May, C. and Sell, S.K. *Intellectual Property Rights:
A Critical History*. Boulder, Colo, Lynne Rienner Pub., 2006.
253 p.

Minssen, T. and Nordberg, A. “The Impact of Broccoli II &
Tomato II on European Patents in Conventional Breeding,

GMO’s and Synthetic Biology: The Grand Finale of a Juicy
Patents Tale?”. *Biotechnology Law Report*. 2015. Vol. 34.
No. 3. P. 81–98.

Moss, D.L. “Competition, Intellectual Property Rights,
and Transgenic Seed”. *South Dakota Law Review*. 2013.
Vol. 58. P. 543–559.

Moss, D.L. “Consolidation in Agriculture and Food: Chal-
lenges for Competition Enforcement”. *Concurrencies Re-
view*. New York, The Institute of Competition Law, 2016.
Iss. 1. P. 10–14.

Moss, D.L. “Transgenic Seed Platforms: Competition Be-
tween a Rock and a Hard Place?”. *AAI Submission*. 2009.

Moss, D.L. “Transgenic Seed. The High Technology Test
for Antitrust?”. *Competition Policy International*. 2010.
Vol. 2.

Sobel-Read, K.B. “Global Value Chains: A Framework for
Analysis”. *Transnational Legal Theory*. 2014. Vol. 5. No. 3.
P. 364–407.

Srivastava, J.P. and Jaffee, S. “Best Practices for Moving
Seed Technology: New Approaches to Doing Business”.
World Bank Technical Paper No. 213. Washington D.C.,
1993.

UNIDROIT. *Intellectual Property Rights and Contract
Farming*, Study 80-A — Doc. 1 Add. 18. August, 2014,
available at: [http://unidroit.org/english/documents/2014/
study80a/wg04/s-80a-01-add18-e.pdf](http://unidroit.org/english/documents/2014/
study80a/wg04/s-80a-01-add18-e.pdf) (accessed 25 April
2016).

United Nations Conference on Trade and Development.
*Global Value Chains and Development: Investment and
Value Added Trade in the Global Economy*, UN Doc
UNCTAD/DIAE/2013/1.

Winston, E.I. “Sowing the Seeds of Protection”. *Wisconsin
Law Review*. 2014. P. 445–469.

Information about the authors

Alexey Yu. Ivanov

Director of HSE — Skolkovo Institute for Law and Develop-
ment, Director of the Department of Legal Policy and So-

cial Development at Skolkovo Foundation, LLM (Harvard University) (109028, Russia, Moscow, Pokrovskiy bulv., 8, stroenie 1; e-mail: aivanov@hse.ru).

Dmitry Yu. Katalevsky

Leading Research Fellow at HSE-Solkovo Institute for Law and Development, Associate Professor at the IBS of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, PhD in Economics (109028,

Russia, Moscow, Pokrovskiy bulv., 8, stroenie 1; e-mail: D.Katalevsky@skoltech.ru).

Ioannis Lianos

Chief Researcher at Skolkovo-HSE Institute for Law and Development, Chair, Global Competition Law and Public Policy at the University College of London (109028, Russia, Moscow, Pokrovskiy bulv., 8, stroenie 1; e-mail: lianos@hse.ru, i.lianos@ucl.ac.uk).