

ОТРАСЛЕВАЯ И РЕГИОНАЛЬНАЯ ЭКОНОМИКА

А. Е. Шаститко¹,

МГУ имени М. В. Ломоносова, РАНХиГС
при Президенте РФ (Москва, Россия)

А. А. Курдин²,

МГУ имени М. В. Ломоносова, РАНХиГС
при Президенте РФ (Москва, Россия)

А. А. Моросанова³,

МГУ имени М. В. Ломоносова, РАНХиГС
при Президенте РФ (Москва, Россия)

ПРОДУКТОВЫЕ ГРАНИЦЫ РЫНКА ПРОГРАММНЫХ ПРОДУКТОВ В КОНТЕКСТЕ ПРИМЕНЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В статье анализируются основные особенности рынка результатов интеллектуальной деятельности, связанные с проведением теста на определение продуктовых границ. Зачастую пиратские копии продукта не рассматриваются как товары — заменители оригинальной продукции. Однако можно утверждать, что нелицензионные компьютерные программы следует включать в продуктовые границы рынка вне зависимости от признанного правового статуса, если потребитель по факту рассматривает их как заменители. Различия между данными типами продуктов скрываются, как правило, не в трансформационных, а в трансакционных характеристиках. Также важно учитывать возможную дополняемость между пиратской и оригинальной продукцией, выражающуюся в информационном и сетевом эффектах. Для оценки выбора покупателей необходимо скорректировать методы оценки продуктовых границ

¹ Шаститко Андрей Евгеньевич, д.э.н., профессор, заведующий кафедрой конкурентной и промышленной политики, замдекана по научной работе экономического факультета МГУ, директор Центра исследований конкуренции и экономического регулирования ИПЭИ РАНХиГС; e-mail: aes99@yandex.ru

² Курдин Александр Александрович, к.э.н., научный сотрудник кафедры конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, старший научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования ИПЭИ РАНХиГС; e-mail: aakurdin@gmail.com

³ Моросанова Анастасия Андреевна, научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования ИПЭИ РАНХиГС, младший научный сотрудник кафедры конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ; e-mail: komkova-aa@raepa.ru

рынка, предусмотренные «Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» ФАС России.

Ключевые слова: антимонопольная политика, конкуренция, пиратство, программное обеспечение, продуктовые границы рынка, результат интеллектуальной деятельности.

PRODUCT BOUNDARIES OF THE SOFTWARE MARKET WITHIN THE CONTEXT OF COMPETITION POLICY

The article analyses the main features of the intellectual activity results market through the lens of the product boundaries definition. Frequently the pirated copy is not considered as a substitute for original products in legal cases. However, unlicensed computer programs should be included in the product market boundaries regardless of its legal status if the consumer considers them as substitutes. The difference between these types of products (original and pirated) are hidden not in transformation but in transaction characteristics. It is also important to take into consideration the possible complementarity between pirated and original products expressed in the information and network effects. In order to assess the buyers' choice it is necessary to adjust the methods evaluating product market boundaries prescribed by «The Procedure of market competition analysis» of the Russia's Federal Antimonopoly Service.

Key words: competition policy, competition, piracy, software, product market boundaries, result of intellectual activity.

Введение

Определение продуктовых границ рынка — важная часть экономического анализа для целей применения антимонопольного законодательства, без которой трудно установить не только состав участников рынка, его объемы, положение на рынке указанных участников, оценить состояние конкуренции в целом, но и ответить на вопрос о том, какое положение на рынке занимают один или несколько наиболее крупных участников.

Существует множество разнообразных ситуаций, которые требуют выработки специальных подходов к исследованию рынка во избежание ошибок I и II рода в правоприменении — установления факта нарушения антимонопольного законодательства там, где его на самом деле не было, и, наоборот, вывода об отсутствии нарушений там, где они были допущены [Шаститко, 2011]. Одна из них — рынки, на которых наряду с оригинальной продукцией правообладателей покупатели приобретают контрафактную продукцию, причем, в ряде

случаев даже не осознавая, что это — контрафакт. В случае с компьютерными программами, например, речь идет о пиратских копиях указанных программ.

О том, что масштабы данной проблемы не позволяют ее игнорировать, свидетельствует исследование [BSA, 2016]. В среднем по миру 39% программного обеспечения, установленного на персональных компьютерах, не привязано к лицензии. Иными словами, данные программы имеют основания считаться пиратскими. Причем для России этот показатель выше на двадцать пять процентных пунктов. Коммерческая стоимость данного программного обеспечения составляет, согласно оценкам авторов исследования, 1341 млрд долл. Безусловно, за период с 2007 по 2013 г. был достигнут значительный прогресс, поскольку начальный уровень нелицензионного программного обеспечения в России составлял 73%. Однако, как показывала динамика, падение доли пиратских программ замедлялось (на 6 п.п. с 2007 по 2009 г., на 2 п.п. с 2009 по 2011 г. и на 1 п.п. с 2011 по 2013 г.), а с 2013 по 2015 г. уровень пиратства даже вырос с 62 до 64%! Однако даже в США и в Западной Европе показатель уровня пиратства хотя и значительно ниже, но все же демонстрирует различимость проблемы: 17–20% и около 30% соответственно¹.

В этой связи вполне естественным выглядит вопрос — существуют ли основания для включения пиратских копий и соответственно распространяющих их «пиратов» в состав релевантного рынка в продуктовых границах. И если для США, например, игнорирование такой постановки (в случае положительного ответа) и приведет к искажениям в полученных результатах, то вряд ли они будут настолько критическими, как, например, в странах БРИКС, где доля нелицензионного программного обеспечения в 2015 г. доходила до 70% (КНР).

Цель данной работы — выработать рекомендации по использованию инструментов экономического анализа для определения продуктовых границ в целях применения антимонопольного законодательства для случаев, когда конкуренция возможна не только между производителями оригинальной продукции, но и с продавцами контрафактной.

В первой части статьи представлено описание специфики проблемы применения антимонопольного законодательства для случая конкуренции оригинальной и пиратской продукции в сфере торговли компьютерными программами, а также определение подходов к вопросу о за-

¹ Правда, стоит сделать одну оговорку: представленные данные в основной массе учитывают пиратство на уровне конечного пользователя. В этом случае копии почти никогда не отличаются от оригинала (платные сервисы взламываются или обходятся, даже обновления программы можно снова скачать взломанными).

меняемости между оригинальной (лицензионной) и пиратской копиями как необходимого условия определения продуктовых границ рынка и квалификации положения хозяйствующих субъектов. Во второй части обсуждаются теоретические вопросы заменяемости и дополняемости пиратской и оригинальной продукции. В третьей части представлена операционализация теста гипотетического монополиста для случая конкуренции оригинальных и пиратских программ. В заключение к статье сформулированы выводы и рекомендации.

1. Постановка проблемы

Антимонопольные органы не настроены рассматривать пиратскую продукцию как конкурента (заменителя) оригинальной, пока этот факт — программное обеспечение является пиратским — не установлен в соответствии с имеющимися формально-юридическими процедурами. Такой подход совсем необязательно связан с тем, что существует негласная установка на такое определение рынка в продуктовых границах, которое позволяло бы определять рыночную долю продавца таким образом, чтобы она была наивысшей среди различных вариантов определения на основе доступной информации. Отчасти указанные обстоятельства связаны с правовой квалификацией объектов и связанных с ними действий.

Возможная коллизия состоит в том, что де-факто легальные и нелегальные (нелицензионные) версии пакетов вполне могут быть близкими заменителями с точки зрения поведения участников рынка на стороне спроса (что выявляется на основе опросов и/или расследований, моделируется с помощью инструментария экономической теории), а де-юре нелегальные (нелицензионные) версии в целях применения антимонопольного законодательства вообще как бы не существуют! Проблема состоит в том, что это не так просто выяснить с применением приоритетного метода оценки продуктовых границ рынка, предусмотренного Приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 (далее — Порядок-220) — опросов участников рынка (в первую очередь потребителей). Скорее, это также результат расследования, которое может дать более точные оценки, но, безусловно, сопряжено со значительными трудностями. В этой связи следует обсуждать вопрос об уточнении методов оценки состояния конкуренции на рынках, где часть продуктов, являющихся близкими заменителями, вместе с тем формально не могут быть признаны товарами для целей применения антимонопольного законодательства. Это важно, потому что в формально-юридической плоскости будет довольно сложно доказать, каким образом могут быть заменителями объекты, один из которых является товаром, а другой — нет. Кроме того, это

может быть связано с особой настройкой инструментария опроса участников рынка, который позволил бы уменьшить риски получения от респондентов ответов, заведомо искажающих реальное положение дел (см. раздел 3).

Таким образом, есть основания утверждать, что существует дилемма, которую можно описать в терминах выбора между *поведенческой (экономической) трактовкой в определении продуктовых границ рынка и формально-юридической трактовкой*¹. В лучшем случае пиратские копии — особая категория заменителей. И не только потому, что они могут отличаться потребительскими характеристиками, о чем свидетельствуют некоторые исследования [Banerjee, 2003; Lu, Poddar, 2012; Kiema, 2008]. Это связано также с полезностью, которая зависит от того, в какой мере продукт (так же как и способ его получения) может считаться легальным (непиратским).

Получается, что для более широкого определения продуктовых границ рынка с включением в его состав пиратской продукции должно быть выполнено условие, когда антимонопольный орган «увидел» пиратскую продукцию (а точнее — отдельные партии этой продукции, которые признаны контрафактом и, строго говоря, могут быть конфискованы, если не полностью, то хотя бы частично). Однако если пиратская продукция конфисковывается, так что ею невозможно воспользоваться (в отличие, например, от приобретения конфискованного на таможне товара), то она в результате и не может считаться заменителем оригинальной. Получается замкнутый круг, если идти от конкретных эпизодов установления фактов пиратирования. Однако вопрос в том, как быть с продукцией, которая была бы признана пиратской, если бы была своевременно обнаружена, но в действительности была продана покупателям (многие из которых вполне могут оказаться добросовестными). Ведь приведенные BSA оценки не говорят о том, например, что в России *было обнаружено* более 60% нелегального программного обеспечения от общего количества установленных программ. Эта проблема связана с тем, что потребитель программного обеспечения не является по определению добросовестным контролером с достаточным уровнем квалификации и техническими возможностями проверки. Именно это обстоятельство дает основание рассматривать вопросы замещения лицензионной продукции пират-

¹ Это один из возможных предметов обсуждения на экспертном совете при ФАС России, в чью компетенцию входит обсуждение вопросов оборота объектов гражданских прав с низкими (трансформационными, т.е. с технологической точки зрения) издержками копирования. Именно здесь уместна постановка вопроса о согласовании инструментов антимонопольной политики и политики в области защиты прав интеллектуальной собственности, решение которого позволит снять проблему избыточной правовой неопределенности для участников рынка.

ской, и наоборот, *отдельно и независимо* от установленных компетентными органами фактов пиратирования.

Если пиратскую продукцию не учитывать при определении объема рынка, то получается двойная уязвимость правообладателя — со стороны пирата и со стороны антимонопольного органа, который с большей вероятностью усмотрит доминирующее положение правообладателя (количество участников рынка и объемы рынка, при прочих равных условиях, меньше) [Шаститко, Курдин, 2012]. Частично компенсирующий фактор — продвижение оригинальной продукции с помощью пиратов, используя последних в «рекламных» целях (стратегия проникновения на рынок и расширение рыночной доли). Во-первых, потребитель, приобретая пиратскую версию товара, узнает о качестве и оригинальной версии, что может сподвигнуть его купить оригинал в будущем (так называемый «демоэффект»). Во-вторых, наличие сетевого эффекта в определенных условиях помогает увеличить полезность даже у уже проданных или как-либо распространенных копий продукта. Например, увеличение количества пользователей приложений Microsoft увеличивает вероятность того, что при обмене информацией не возникнет проблема несовместимости (разные форматы существования информации). Соответственно, чем слабее указанные эффекты, т.е. чем более известен бренд, под которым продается продукция, и чем слабее выражен сетевой эффект, тем менее значима указанная категория факторов, которые создавали бы динамические эффекты дополнителности.

Далее предлагается рассмотреть программный продукт как пару, состоящую из транзакционных и трансформационных характеристик (последние обеспечивают полезность продукта, получаемую непосредственно в ходе или в результате использования, а первые определяют набор защищенных правомочий в отношении продукта) [Шаститко, 2010; North, Wallis, 1994]. Это аналог бюкененовских товаров — пар, состоящих из собственно «физического» товара и той или иной контрактной формы его продажи или покупки [Buchanan, 1994; Тамбовцев, 2001]. Соответственно, оригинальные и пиратские версии могут отличаться только транзакционными характеристиками, а могут как транзакционными, так и трансформационными.

Важно сделать оговорку: здесь речь идет о контрафактной продукции, т.е. продукции, произведенной с нарушением прав интеллектуальной собственности (в частности, авторского права) посредником-пиратом с целью получения какой-либо выгоды. Пиратство на уровне конечного пользователя, происходящее, как правило, с использованием интернета и не несущее в себе идеи по извлечению дохода, не рассматривается. Последний тип пиратства сложен еще и тем, что нельзя наверняка определить количество распространяемых версий

или участников данных сделок. Более того, хотя и существуют технологии, позволяющие установить, как и откуда было произведено пиратское скачивание, но, во-первых, также существуют технологии обхода данных методов слежения, а во-вторых, привлечение к ответственности отдельных индивидуумов или фирм зачастую не является экономически целесообразным, и вместо этого ответственность возлагается на интернет-провайдеров.

Но, с другой стороны, с конкуренцией со стороны пиратов, которые распространяют контент бесплатно, сталкиваются и пираты, распространяющие контрафактную продукцию по цене, отличной от нуля. Отметим, что в предложениях к Руководящим принципам по определению границ рынка и монопольной власти в Сингапуре [Comments of StarHub Cable Vision Ltd, 2013] есть пункт о добавлении в анализ именно свободно скачиваемого пиратского программного обеспечения, хотя на первый взгляд выглядит странным рассматривать конкуренцию между товаром, который продается по нулевой цене, и товаром, который продается по высокой цене. Обосновывается это тем, что в сингапурской экономике бесплатный пиратский контент занимает большую долю на рынке — по данным BSA, всего 30% в 2015 г. [BSA, 2016], — а следовательно, гипотетически снижает монопольную власть авторов оригинальной продукции. В любом случае это влияет на формирование функции остаточного спроса компании, которая является законным правообладателем и чье положение на рынке является предметом исследования для целей применения антимонопольного законодательства.

Как известно, ответ на вопрос о конкуренции связан с определением рынка в продуктовых границах и соответственно с применением теста гипотетического монополиста. В этом контексте появляется вопрос: какие методики эмпирической оценки возможны, и не возникает ли каких-то новых парадоксов и проблем по аналогии с «целлофановой ловушкой» (последняя возникает, если цена уже монопольно высокая и рынок не может быть определен правильно на основе SSNIP-теста, так как границы в результате будут слишком широкими, а тест трудно завершить)?

В качестве точки отсчета применяется идея о необходимости отталкиваться от практики заменяемости и соответственно совершенствовать инструменты оценки фактической заменяемости (экономический подход), а не квалификации правового статуса (легалистский подход). На наш взгляд, предложенное видение проблемы — средство избежать ошибок I рода, пагубность которых для достижения публично заявленных целей правоприменения была многократно продемонстрирована [Шаститко, 2011; Garupa, Rizolli, 2012; Rizolli, Saraceno, 2011; Rizolli, Stanca, 2012].

2. Операционализация в контексте действующих правовых норм

Определение продуктовых границ рынка, от которого зависит характеристика его объемов, рыночной доли участников рынка, а также оценка уровня концентрации на рынке продуктов (товаров) с низкими издержками копирования, обусловленными доступностью соответствующей технологии, сопряжены с рядом важных вопросов, заслуживающих совместного рассмотрения, которые далее обозначены в тезисной форме.

1. Согласно п. 1 ст. 4 Закона «О защите конкуренции», товар — объект гражданских прав..., предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Таким образом, для определения товара существенны минимум два момента: (а) отнесение к категории объекта гражданских прав, (б) его оборотоспособность. Данное определение на первый взгляд представляется достаточно широким, чтобы охватывать все важные ситуации, связанные с применением норм антимонопольного законодательства. Однако, как будет показано далее, это не совсем так.

2. Характеристики объектов гражданских прав представлены в ГК РФ. В их числе — объекты прав интеллектуальной собственности. В соответствии со ст. 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. Соответственно, к ним относятся и компьютерные программы.

3. Для дальнейшего обсуждения важным также представляется понятие гражданского оборота, связанного со свойством оборотоспособности товара. Однако определение гражданского оборота в российском законодательстве в явном виде отсутствует, за исключением определения понятия «гражданский оборот наркотических средств и психотропных веществ»: в соответствии с ним получается, что речь идет только о законном обороте, в котором соблюдены требования российского законодательства¹. Пункт 1 ст. 129 ГК РФ «Оборотоспособность объектов гражданских прав» содержит косвенную расшифровку понятия оборота, он гласит: «Объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) либо

¹ «...Гражданский оборот наркотических средств и психотропных веществ — совокупность сделок и иных действий, предметом которых являются наркотические средства и психотропные вещества, не изъятые из законного оборота...» (Федеральный закон от 08.01.1998 № 3-ФЗ (ред. от 17.07.2009, с изм. от 18.07.2009) «О наркотических средствах и психотропных веществах» (принят ГД ФС РФ 10.12.1997)).

иным способом, если они не ограничены в обороте». В данном случае также возникает позиция о невозможности оборота объектов при наличии нормативных ограничений. Эта позиция имеет существенное значение для различения двух категорий случаев: (а) действия с объектами в рамках запрещенных законом видов деятельности (например, проституция, заказные убийства) и (б) действия с объектами в рамках разрешенных законом видов деятельности, но с нарушением отдельными участниками хозяйственного оборота установленных правил. В данном случае речь идет именно о втором случае. Получается, что если определение гражданского оборота толковать расширительно, то в него не следует включать и продукты, которые торгуются с нарушением установленных правил введения в оборот. Контрафакт попадает в эту категорию. И соответственно получается, что купля-продажа того, что не является частью гражданского оборота, вряд ли может быть признана приобретением (отчуждением) товара. А раз так, то нет и оснований рассматривать отношения заменяемости. Однако такой формально-юридический подход вступает в противоречие с реальной практикой отношений, связанных с выбором потребителей и соответственно фактической заменяемостью. Данная проблема была также обозначена в предшествующем разделе.

4. Запрещенные виды деятельности вполне могут быть предметом экономического анализа с точки зрения оценки состояния конкуренции. Однако данные виды деятельности точно не относятся к сфере антимонопольного регулирования и применения антимонопольного законодательства. В свою очередь, разрешенные виды деятельности могут осуществляться как с соблюдением установленных правил, так и с их нарушением, причем не только правил, установленных в антимонопольном законодательстве. В этом случае основная задача состоит в том, чтобы минимизировать негативные последствия для законопослушных участников хозяйственного оборота по причине конкуренции с нарушителями законных прав правообладателей. Однако оценка фактического состояния дел предполагает получение информации, которую нельзя прямо почерпнуть из официальной статистики или стандартных социологических опросов. Выведение части хозяйственной деятельности на рынок за пределы компетенции антимонопольного органа не является основанием для того, чтобы регулятор не принимал во внимание пиратирование в контексте применения норм антимонопольного законодательства.

5. Полезные предметы, обладающие одними и теми же функциональными свойствами для потребителя, но вместе с тем различающиеся с точки зрения правового статуса, могут и не образовывать один и тот же продуктовый рынок. Таков вывод, основанный на формальном подходе к определению товара с учетом выделенных атрибутов.

В частности, пиратская копия программы оказывается функционально идентичной, но не учитываемой при оценке объема товарного рынка. Функциональная идентичность или высокая степень функционального подобия означает, что потребитель, получающий необходимый ему результат при использовании программы, не видит существенных различий с точки зрения полноты, актуальности, точности полученной информации или иных функциональных характеристик программного обеспечения. С точки зрения подхода, основанного на концепции бюкененовских товаров, мы имеем дело с частным случаем, когда лексикографические предпочтения покупателей (отражающие оценки трансформационных, или физических, и трансакционных, или контрактных, характеристик продукта) позволяют сделать вывод, что пиратские копии действительно не рассматриваются как заменители. А те, кто все же их покупает, формируют отдельный рынок, не участвуя на рынке лицензионных пакетов. Однако постулирование лексикографичности предпочтений потребителей, которые приняты в качестве готовой предпосылки, строго говоря, является ответом на вопрос, который на самом деле должен быть исследован и на который, вполне возможно, будет получен другой ответ. Таким образом, использование в качестве предпосылки исследования рынка товаров с низкими издержками копирования предпосылки о неконкуренции с пиратскими копиями ошибочно как минимум потому, что указанные предпосылки — на самом деле гипотеза, подлежащая проверке.

6. В литературе [Novos, Waldman, 1984] принято рассматривать несколько ключевых ценовых стратегий автора в ситуации, когда на рынке есть пират. В *первом* случае цена на оригинальный товар является высокой, и автор тем самым допускает и даже разрешает действовать пирату, предоставляющему продукт тем категориям покупателей, для которых издержки от покупки оказываются высокими, но совсем отказываться от продукта они не намерены. В этом случае приближенно можно говорить о существовании отдельных рынков — рынка оригинальной продукции, ориентированного на потребителей с низкой эластичностью спроса по цене и относительно высокими резервными ценами спроса, и рынок пиратской продукции, потребители которой не склонны рассматривать оригинал как возможную покупку. Однако данный тезис может быть верен только с оговоркой, что потребитель *знает*, что продукция является пиратской. Данная стратегия совместима с так называемой динамической дополняемостью оригинальной и пиратской продукции.

Вторая стратегия называется стратегией «сдерживания»: автор устанавливает на свой товар относительно низкую цену в надежде на то, что такая цена привлечет к себе пользователей, спрос которых характеризуется высокой эластичностью по цене. Здесь автор и пират будут конкурировать за (как минимум) некоторую долю потенциальных

пользователей. Но вопрос определения уровня цены для конкретного результата интеллектуальной деятельности (далее — РИД) — высокая она, как в первом случае, или низкая, как во втором, — стоит рассматривать отдельно.

Третья стратегия — ценовая дифференциация, где автор предлагает несколько разных продуктов, отличающихся трансформационными характеристиками, по различной цене. Предполагается, что автор и пират конкурируют в низком ценовом сегменте, т.е. за непритязательных потребителей, готовых покупать менее качественную продукцию, в том числе контрафактную.

Более того, так как авторский и пиратский продукты связаны друг с другом (без первого не существовало бы и второго), то, скорее всего, здесь будет наблюдаться корреляция уровней цен — с повышением платы за оригинальный продукт пираты также могут требовать более высокую цену. Однако это лишь предположение, требующее проверки.

7. Следует признать, что многие лицензионные и нелицензионные пакеты различаются (могут различаться) не только по своим правовым (транзакционным), но и по функциональным (потребительским) характеристикам. Однако в ряде случаев (и исследование, основанное на опросе потребителей, это могло бы выявить) различие в функциональных характеристиках может оказаться (а) не слишком существенным и (б) важным лишь для небольшой группы потребителей, так что указанными функциональными различиями вполне можно пренебречь. На первый план выходят транзакционные характеристики продукта как предмета исследования с точки зрения возможностей и практики замещения.

При анализе обращения РИД важно узнать, был ли осведомлен потребитель о том, что это контрафактная продукция? Если ответ положительный, то получается, что он осознанно сделал выбор между пиратской и авторскими версиями продукта или же изначально рассматривал только пиратскую версию.

Если ответ отрицательный, то, по сути, для потребителя оба товара (оригинальный и пиратский) никак не отличались ни по трансформационным, ни по транзакционным характеристикам. Соответственно, замещение в формате выбора может быть зафиксировано лишь на уровне пиратов, которые точно знают, какой продукт они производят, с одной стороны, и понимают, что, как правило, у них есть возможность иметь договорные отношения с законным правообладателем.

8. Проблемы, связанной с анализом и определением продуктовых границ рынка в сфере РИД при наличии пиратской продукции, может быть, и не было, если бы выгоды, которые получают покупатели пиратской программы, компенсировались издержками, которые возникали в случае появления признаков нарушения антимонопольного (именно

антимонопольного) законодательства! Но именно этого-то и нет и более того, скорее всего, и не может быть... В уязвимом положении оказываются крупные поставщики легальных версий программ, тогда как в выигрыше — конкуренты-невидимки (возможно, и недобросовестные официальные дистрибьюторы) для антимонопольных органов и недобросовестные потребители.

9. Есть ли основания применить аргумент о необходимости снижения цен для переключения на легальные версии? Да, такие основания есть, но в этом случае снова придется признать, что эти товары являются заменителями! Действительно, если снижение цен не приводит к переключению на данные версии потребителей, то нет и оснований, при прочих равных условиях, говорить об отношениях заменяемости. Однако здесь есть и обратная сторона, связанная с уровнем ожидаемого наказания за продажу и использование нелегальных продуктов. Ожидаемое наказание, влияющее на принятие решения о продаже, покупке и использовании данных продуктов, зависит от двух групп факторов — уровня санкций и вероятности их применения. Представим на минуту, что эффективные санкции за незаконное копирование пренебрежимо малы (например, по причине низкой вероятности применения штрафов или уголовного наказания). Иными словами, санкции не выполняют своей сдерживающей функции (которая в экономической литературе признается основной), что, как показывают оценки масштабов распространения пиратских версий, — характерная для современного состояния ситуация (более того, как показывают исследования [Meireles, Campos, 2016], ожидаемое наказание не является эффективной мерой по борьбе с пиратством напрямую! Даже увеличение вероятности поимки нарушителя не приводит к снижению желания скачать бесплатный контент. Более действенными «методами» являются социальные факторы — окружающая обстановка и морально-ценностный механизм). Но в любом случае именно издержки копирования в широком смысле (включая санкции за нарушение законодательства об интеллектуальной собственности) могут сделать ответ на вопрос о заменяемости оригинальной и пиратской продукции более предметным.

В таком случае даже значительное снижение цены ввиду минимальных издержек копирования не приведет к желаемому результату: переключению покупателей с пиратских версий на легальные (лицензированные). Таким образом, включать или не включать в продуктовые границы рынка нелегальные версии, строго говоря, зависит от ожидаемых издержек, связанных с наказанием за производство и использование нелегальной продукции. Это еще один из вопросов, который требует экспертных оценок и количественных измерений на основе исследований. Базовый тезис звучит так: чем ниже ожидаемые

санкции за нарушение прав интеллектуальной собственности в сфере РИД, тем больше оснований для включения в продуктовые границы рынка контрафактной продукции, которая должна для целей антимонопольной политики приравниваться к товарам по указанным в ст. 4 Закона «О защите конкуренции» свойствам.

10. Кто должен обеспечивать гарантии защищенности прав на объекты интеллектуальной собственности и авторские права? Только сами авторы или государство тоже? Если и государство тоже, то возникает весьма специфический компромисс: «степень защищенности прав интеллектуальной собственности (авторских прав) — мягкость/гибкость норм антимонопольного законодательства» (как минимум при оценке продуктовых границ рынка). Ввиду того, что развитие экономики, основанной на нововведениях, является официально признанным приоритетом, и нововведения в значительной части случаев основаны как раз на результатах интеллектуальной деятельности, обладающих свойствами охраноспособности и оборотоспособности, важным представляется минимизировать негативное влияние на эту деятельность со стороны других направлений государственного регулирования — в том числе антимонопольного...

11. Вопрос о нахождении баланса между правами ИС и антимонопольным законодательством возникает и в случае защиты самими авторами: использование дополнительных мер (например, Digital Right Management) может повлечь за собой дополнительную монопольную власть, выходящую за рамки, обеспечиваемые правовой системой. Получается, что при наличии антимонопольного законодательства степень технической защиты также должна отражаться законодательно.

***Предварительный вывод таков:** нелицензионные компьютерные программы следует включать в продуктовые границы рынка безотносительно признания их правового статуса на основе выбора потребителя, если последний по факту рассматривает их как заменители. В то же время стандартные приемы оценки должны быть скорректированы по причине нелегальности деятельности, по поводу которой формулируются вопросы для потребителей.*

3. Алгоритм проведения SSNIP-теста для рынка программных продуктов с учетом особенностей замещения

Вопрос об определении продуктовых границ рынка, на котором реализуется программное обеспечение, а именно компьютерные пакеты правовой информации, уже рассматривался в одной из предшествующих публикаций [Авдашева, Крючкова, Шаститко, 2007]. Однако в этой работе специально не затрагивался вопрос включения в границы рынка нелицензионных пакетов.

Одна из очевидных особенностей замещения пиратских копий на оригинальные и обратно — существование определенной (односторонней) взаимодополняемости. Для того чтобы в обороте (пусть и нелегальном) были пиратские копии, должен быть параллельный оборот оригинальных копий. В этом смысле пиратские копии — своеобразный производный продукт от оригинального (особенно в случае, когда потребитель не осведомлен о том, пиратский или оригинальный продукт он покупает), чего нельзя наблюдать, например, на рынках, где концентрируются исключительно брендируемые товары, где наличие одного не исключает отсутствие другого. Отметим, что само по себе наличие такого рода дополняемости не исключает таких масштабов замещения, игнорирование которых в экономическом анализе для целей применения в антимонопольном законодательстве при определенных условиях может приводить к ошибочным выводам.

Второй компонент, который требует количественной оценки, связан с применяемыми стратегиями законных правообладателей по продвижению товара на рынок, а также проверкой на значимость сетевых эффектов [Motta, 2004].

Наконец, третий важный элемент — это учет в стандартном SSNIP-тесте изменений полной цены предполагаемых товаров-заменителей, коими являются пиратские копии. В полную цену входят не только оплаченная пиратская версия, но и ожидаемые санкции за ее приобретение (использование).

Общая логика SSNIP-теста, как известно, состоит в том, чтобы определить сначала товары-кандидаты, что возможно на основе экспертного мнения, классификаторов, анализа функционального назначения товаров. Причем желательно сделать так, чтобы в данное определение не попали товары, которые на самом деле не являются близкими заменителями. Иными словами, необходимо соблюсти требование достаточно узкого предварительного определения продуктовых границ рынка с тем, чтобы последовательно повторяющиеся итерации с корректировкой продуктовых границ были однонаправленными.

Далее, предполагая, что цена на рынке, продуктовые границы которого предстоит оценить, является конкурентной, необходимо оценить, как поведет себя величина спроса в случае повышения цены на 5–10% (минимальный и максимальный интервал изменения). Как известно, Порядок-220 в этом случае предусматривает два варианта: социологический опрос и экономико-статистический анализ. Первый вариант основан на оценке, каковы масштабы изменения величины спроса на товар. Причем вполне возможно получение оценок, на какие именно товары-заменители покупатели готовы переключиться. В частности, в п. 3.9 Порядка-220, которым руководствуются российские антимонопольные органы при правоприменении с использованием инструментария

экономического анализа, содержится формулировка вопроса: «Какими товарами и в каком объеме они (приобретатели) предпочтут заменить предварительно определенный товар, если цена на него долговременно (дольше одного года) повысится на 5–10 процентов, а цены на остальные товары останутся неизменными?»

Именно ответы на эти вопросы позволят выяснить, не только действительно ли границы рынка определены слишком узко, но и какие именно товары должны быть включены для повторного теста. Второй вариант требует как минимум данных с временными рядами цен соответствующих товаров и объемов их реализации. В результате на основе этих данных моделируется возможность замещения предварительно определенного товара товарами-претендентами, о чем более подробно см., например, в [Павлова (ред.), 2014].

Модификация теста гипотетического монополиста возможна как в плане корректировки вопросов, которые по понятным причинам можно задать только тем участникам, которые согласятся, если только сама информация не будет собираться антимонопольным органом с применением соответствующих норм Закона «О защите конкуренции». Однако и в этом случае не избежать корректировки ключевых вопросов, которые позволяли бы оценить заменяемость не только между брендами, но и с контрафактной продукцией. В свою очередь, экономико-статистические оценки потребуют большего количества допущений и экспертных оценок, что, вполне предсказуемо, сделает их менее надежными.

И тем не менее можно предложить ряд уточнений для теста, повышающих степень корректности результатов при его применении к рынкам со значительной (потенциально) долей контрафактной продукции.

1. Способ, который позволяет ослабить сопротивление потребителей отвечать на вопросы об использовании пиратских версий, — применение логики переносов: вопросы не к их решениям о выборе между оригинальной и контрафактной продукцией, а некоторому репрезентативному или агрегированному субъекту на рынке. «Какими товарами и в каком объеме *другие* приобретатели предпочтут заменить предварительно определенный товар, если цена на него долговременно (дольше одного года) повысится на 5–10 процентов, а цены на остальные товары останутся неизменными?» Безусловно, такого рода вопросы, так же как и ответы, требуют более осторожного применения.

2. Если известно, чем именно отличается пиратская версия от оригинальной, то, не называя версии пиратскими и обращая внимание только на функциональные различия, можно попытаться понять, какова будет максимальная оценка возможностей замещения (так как она должна быть снижена посредством добавления транзакционной характеристики «противоправность»). В этом случае отдельно можно было

бы задать вопрос, позволяющий оценить высоту порога переключения с легальных на нелегальные единицы товара (при условии, естественно, что покупатель знает, какую именно продукцию он покупает).

3. Возможно, для ответа на вопрос о замещении нелицензионными копиями лицензионных необходимо уточнение: в какой мере покупатели, которые являются одновременно и пользователями, понимают, каковы именно транзакционные характеристики того продукта, который они покупают.

4. Выводы и рекомендации

Для корректной оценки состояния конкуренции на рынке товара, который может быть воспроизведен и реализован нелегально с незначительными прямыми издержками копирования, необходимо оценить основания для включения в продуктовые границы рынка контрафакта, даже если конкретные партии продукции не признаны контрафактом.

Оценка взаимосвязи между оригинальными и контрафактными продуктами должна учитывать не только возможную заменяемость, но и дополняемость между ними (особенно в динамическом плане — расширение круга пользователей, проникновение на рынок, повышение степени узнаваемости).

Для оценки заменяемости необходимо учитывать не только функциональные (трансформационные) различия оригинальной и контрафактной продукции, но и транзакционные, если такие действительно влияют на выбор покупателей.

Для оценки выбора покупателей необходимо скорректировать методы оценки продуктовых границ рынка, предусмотренные Порядком-220.

Список литературы

1. *Авдашева С., Крючкова П., Шаститко А.* (2007) Доминирование на рынке справочных правовых систем: опыт экономического анализа для целей антимонопольного регулирования // Вопросы экономики. — № 11. — С. 104–119.
2. *Кичатов В. Ф., Обрезанов С. А.* (2004) Оценка доли нелегальной продукции на рынке справочных правовых систем, а также ее составляющей в общем объеме нелегальной продукции на российской рынке программного обеспечения. — М., 2004.
3. *Павлова Н. С.* (ред). (2014) Экономический анализ в применении норм антимонопольного законодательства. — М.: МАКС Пресс». С. 216.
4. *Тамбовцев В. Л.* (2001) Институциональный рынок как механизм институциональных изменений // Общественные науки и современность. — № 5. — С. 25–38.

5. *Шаститко А., Курдин А.* (2012) Антитраст и защита интеллектуальной собственности в странах с развивающейся рыночной экономикой // Вопросы экономики. — № 1. — С. 84–95.
6. *Шаститко А. Е.* (2010) Новая институциональная экономическая теория. — М.: ТЕИС, 4-е изд.
7. *Banerjee D. S.* (2003) Software Piracy: A Strategic Analysis and Policy Instruments // International Journal of Industrial Organization. — Vol. 21. — 97–127.
8. BSA. (2014) Глобальное исследование рынка программного обеспечения. Июнь 2014.
9. BSA. (2016) Глобальное исследование рынка программного обеспечения. Май 2016.
10. *Buchanan J.* (1994). Choosing What to Choose // Journal of Institutional and Theoretical Economics. — Vol. 150. — No. 1.
11. Comments of StarHub Cable Vision Ltd (2013). Consultation «Proposed Advisory Guidelines on Market Definition & Assessment of Market Power». URL: <http://www.mda.gov.sg/RegulationsAndLicensing/Consultation/Documents/Consultation%20Papers/StarHub%20Cable%20Vision%20-%201%20Mar%2013.pdf>
12. *Garoupa N., Rizolli M.* (2012) Wrongful Conviction Do Lower Deterrence // Journal of Institutional and Theoretical Economics. — JITE 168 (2012). — 224–231.
13. *Kiema I.* (2008) Commercial Piracy and Intellectual Property Policy // Journal of Economic Behavior and Organization. — Vol. 68. — 304–318.
14. *Lu Y. and Poddar S.* (2012) Accommodation or Deterrence in the Face of Commercial Piracy: the Impact of Intellectual Property Rights (IPR) Protection // Oxford Economic Papers. — Vol. 64. — 518–538.
15. *Meireles R., Campos P.* Digital Piracy: Factors Than Influence The Intention to Pirate — A Structural Equation Model Approach. Working paper, ISSN: 0870-8541.
16. *Motta M.* (2004). Competition policy. Theory and practice. — New York: Cambridge University Press.
17. *North D., Wallis J.* (1994) Integration Institutional Change in Economic History. A Transaction Cost Approach // Journal of Institutional and Theoretical Economics. — V. 150 (4). — P. 609–624.
18. *Novos I. E., Waldman M.* (1984) The Effects of Increased Copyright Protection: An Analytic Approach // Journal of Political Economy — Vol. 92. — No. 2. — P. 236–246.
19. *Rizolli M., Stanca L.* (2012) Judicial Errors and Crime Deterrence: Theory and Experimental Evidence // Journal of Law and Economics. — Vol. 55. — No. 2. — P. 311–338.
20. *Rizolli M., Saraceno M.* (2011). Better that ten guilty persons escape: punishment costs explain the standard of evidence // Public Choice, August.

The List of References in Cyrillic Transliterated into Latin Alphabet

1. *Avdasheva S., Krjuchkova P., Shastitko A.* (2007) Dominirovanie na rynke spravocnyh pravovyh sistem: opyt jekonomicheskogo analiza dlja celej antimonopol'nogo regulirovanija // Voprosy jekonomiki. — № 11. — S. 104–119.

2. *Kichatov V. F., Obrezanov S. A.* (2004) Ocenka doli nelegal'noj produkcii na rynke spravocnyh pravovyh sistem, a takzhe ee sostavljajushhej v obshhem ob#eme nelegal'noj produkcii na rossijskoj rynke programmnoho obespechenija. — M., 2004.
3. *Pavlova N. S.* (red). (2014) Jekonomicheskij analiz v primenenii norm antimonopol'nogo zakonodatel'stva. — M.: ООО «MAKS Press». — S. 216.
4. *Tambovcev V. L.* (2001) Institucional'nyj rynek kak mehanizm institucional'nyh izmenenij // Obshhestvennye nauki i sovremennost'. — № 5. — S. 25–38.
5. *Shastitko A., Kurdin A.* (2012) Antitrast i zashhita intellektual'noj sobstvennosti v stranah s razvivajushhejsja rynochnoj jekonomikoj // Voprosy jekonomiki. — № 1. — S. 84–95.
6. *Shastitko A. E.* (2010) Novaja institucional'naja jekonomicheskaja teorija. — M.: TEIS, 4e izd.