

П.Б.МЭГГС А.П.СЕРГЕЕВ

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

УДК 347.78
ББК 67.404.3
М97

Издание выполнено в рамках программы
«Юридический учебник» Московского общественного научного фонда
совместно с Институтом конституционной
и законодательной политики (COLPI—Будапешт)
при финансовой поддержке Института
«Открытое общество»

Перевод с английского *Л.А. Нежинской*

Мэггс П.Б., Сергеев А.П.

Интеллектуальная собственность. — М.: Юристъ, 2000. — 400с.

ISBN 5-7975-0333-6 (в пер.)

В книге профессора Иллинойского университета Питера Мэггса (США) и профессора Санкт-Петербургского государственного университета Александра Сергеева (Россия) рассматриваются общие положения права интеллектуальной собственности и кратко характеризуются его основные институты — авторское и патентное право, правовая охрана товарных знаков и иных средств индивидуализации, институт коммерческой тайны и др. Их анализ ведется как с позиций требований основных международных соглашений в рассматриваемой области и принятого в мире понимания главных проблем права интеллектуальной собственности, так и с позиций российского законодательства и его соответствия международным стандартам.

Работа написана на базе новейшего зарубежного и российского законодательства, международных соглашений, практики их применения, а также зарубежного и российского опыта охраны прав на объекты интеллектуальной собственности.

Для юристов, специализирующихся на правовой охране интеллектуальной собственности, а также лиц, использующих объекты интеллектуальной собственности, а также для создателей произведений науки, литературы и искусства; может быть полезной для студентов-юристов, адвокатов, судей и других лиц, применяющих закон.

УДК 347.78 ББК 67.404.3

ISBN 5-7975-0333-6

© «Юристъ». Оформление, 2000

© Constitutional & Legislative Policy Institute (COLPI), Budapest, 2000

© Московский общественный научный фонд (МОНФ), 2000

Содержание

Предисловие

I. Введение. Основные институты права интеллектуальной собственности

II. История развития права интеллектуальной собственности

- А. Развитие права интеллектуальной собственности на национальном уровне
- Б. Возникновение международных стандартов и международных организаций

- 1. Интернационализация права интеллектуальной собственности
- 2. Дисбаланс интересов стран, экспортирующих и импортирующих объекты

интеллектуальной собственности

- В. Роль юриста, специализирующегося в сфере интеллектуальной собственности

III. Международные учреждения по охране интеллектуальной собственности

- А. Введение
- Б. Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)
- В. Всемирная торговая организация (ВТО)
- Г. Европейский союз
- Д. Североамериканская ассоциация свободной торговли
- Е. Евразийская патентная организация

IV. Коммерческая тайна

- А. Введение
- Б. Моральные, экономические и политические основы охраны коммерческой тайны
- В. Структура международных договоров, предусматривающих охрану коммерческой тайны
- Г. Понятие охраны коммерческой тайны
- Д. Срок охраны коммерческой тайны
- Е. Незаконные способы получения коммерческой тайны конкурентами
- Ж. Правомерные способы получения коммерческой тайны конкурентами
- 1. Независимое открытие
- 2. Обратный технический анализ
- 3. Добросовестное приобретение
- 3. Вопросы взаимоотношений «работодатель—работник» в области охраны коммерческой

тайны

- 1. Права работодателя при отсутствии трудового контракта с работником
- 2. Возможности и пределы охраны коммерческой тайны в рамках отношений «работодатель—работник» по трудовому контракту

И. Охрана коммерческой тайны от третьих лиц

- 1. Контракты
- 2. Технические средства
- 3. Шифрование
- 4. Компьютерная безопасность
- К. Коммерческая тайна и отношения с государством
- Л. Охрана коммерческой тайны от иностранных государств
- М. Коммерческая тайна и патенты

Н. Судебные споры

О. Лицензирование

П. Роль юриста в охране коммерческой тайны

- 1. Когда следует использовать институт охраны коммерческой тайны
- 2. План по охране коммерческой тайны
- Р. Роль законодательства о коммерческой тайне

V. Патенты

- А. Теоретические основы патентной охраны
- Б. Международные договоры о патентной охране
- 1. Парижская конвенция
- 2. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)
- 3. Договор о патентной кооперации (РСТ)
- 4. Будапештский договор
- В. Патентная охрана на региональном уровне
- 1. Конвенция о выдаче европейских патентов
- 2. Конвенция о патентах Европейского союза
- 3. Евразийская патентная конвенция
- 4. Африканская организация по интеллектуальной собственности
- Г. Объекты патентования

Д. Условия патентоспособности

1. Введение
2. Новизна
3. Изобретательский уровень
4. Промышленная применимость

Е. Формальные требования к заявке на патентование

1. Введение
2. Заявление о выдаче патента
3. Описание изобретения
4. Формула изобретения

Ж. Предварительная экспертиза патентной заявки

3. Дата приоритета

И. Опубликование патентных заявок

К. Экспертиза заявки по существу

Л. Возражения против заявки

М. Срок действия патентной охраны

Н. Права патентообладателя

1. Права на продукт
2. Права на способ изготовления

О. Ограничение прав патентообладателя

1. Свободное использование запатентованных объектов
2. Использование патента без согласия патентообладателя

П. Вопросы патентной охраны в отношениях между работником и работодателем

Р. Патентные лицензии

С. Судебные патентные споры

1. Судебная экспертиза юридической силы патента
2. Судебное исследование формулы изобретения
3. Судебные запреты и возмещение убытков, причиненных нарушением прав патентообладателя

патентообладателя

Т. Административные меры борьбы с нарушениями прав патентообладателя

У. Уголовно-правовая охрана прав патентообладателя

Ф. Роль юриста-патентоведа и патентного

1. Как избежать нарушения патентных прав
2. Когда следует избирать патентную охрану
3. Что делать, если произошло нарушение патентного права

VI. Другие виды патентоспособной интеллектуальной собственности

А. Полезные модели

Б. Промышленные образцы

В. Сорты растений и породы животных

1. Общие принципы
2. Сорты растений
3. Породы животных

VII. Авторское право

А. Теоретические основы охраны авторских прав

Б. Международные договоры об охране авторских прав

1. Бернская конвенция
2. Всемирная конвенция об авторском праве
3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности и охрана авторских прав

авторских прав

4. Договор ВОИС по авторским правам

В. Охрана авторских прав на региональном уровне

Г. Условия правовой охраны произведений

1. Требование объективной формы выражения произведения
2. Признак творчества
3. Объекты авторского права
 - а. Литературные и художественные произведения
 - б. Переводы, адаптации и обработки
 - в. Официальные тексты юридического характера
 - г. Собрания сочинений и антологии
 - д. Речи юристов и политиков

- е. Произведения прикладного искусства, промышленные рисунки и образцы
- Д. Возникновение авторских прав
 - 1. Запреты на формальности в Бернской конвенции
 - 2. Знак охраны авторского права
 - 3. Необязательность регистрации авторского права
- Е. Срок охраны прав авторов
 - 1. Длительность срока охраны
 - 2. Продление срока охраны авторским правом до 70 лет
 - 3. Сокращение срока охраны авторским правом
 - 4. Восстановление авторских прав: ст. 18 Бернской конвенции
- Ж. Вопросы охраны авторского права в отношениях «работник — работодатель»
 - 1. Права работодателя при отсутствии трудового контракта с работником
 - 2. Ограничение свободы трудового контракта между работником и работодателем
 - 3. Имущественные права обладателя авторского права
 - 1. Введение
 - 2. Право на воспроизведение
 - 3. Право на переработку
 - 4. Право на перевод
 - 5. Право на распространение
 - 6. Право проката
 - 7. Право на публичное исполнение
 - 8. Право на передачу в эфир
 - 9. Право на иные формы публичной передачи
 - а. Технологические средства
 - б. Управление правами
- И. Ограничение имущественных прав авторов
 - 1. Исчерпание прав или «право первой продажи»
 - 2. Свободное использование
 - 3. Обязательное оформление разрешений на использование авторских произведений (принудительное лицензирование)
 - а. Музыкальные произведения
 - б. Переводы
 - 4. Ограничение права на репродуцирование
- К. Неотъемлемые авторские права
 - 1. Неимущественные права
 - 2. Droit de suite, или право следования
- Л. Уступка прав и лицензирование
 - 1. Общие принципы
 - 2. Ограничение уступок и лицензирования авторских прав
 - 3. Соблюдение формальностей при уступке или лицензировании авторских прав
- М. Гражданско-правовая защита авторских прав
 - 1. Доказывание права авторства
 - 2. Доказывание нарушения права авторства
 - 3. Средства защиты права авторства
- Н. Административные санкции за нарушение авторских прав путем импорта пиратской продукции
 - О. Уголовная ответственность за нарушение авторских прав
 - П. Роль юриста в планировании и осуществлении охраны авторских прав
 - 1. Когда следует избирать авторско-правовую охрану
 - 2. Регулирование прав лиц, работающих по трудовому контракту и по временному соглашению
 - 3. Лицензирование и уступка авторских прав
- VIII. Виды интеллектуальной собственности, близкой к авторским правам**
 - А. Смежные права
 - 1. Римская конвенция
 - 2. Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм
 - 3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности
 - 4. Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах
 - 5. Охраняемые права исполнителей

6. Имущественные права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций

- а. Запись ранее не записанного исполнения
- б. Передача в эфир или по кабелю ранее не записанного исполнения
- в. Воспроизведение
- г. Исполнение
- д. Распространение
- е. Прокат
- ж. Технологические средства и управление правами
- з. Неимущественные права исполнителей
- Б. Охрана авторским правом промышленных образцов
- В. Охрана топологий интегральных микросхем
- Г. Охрана баз данных

IX. Товарные знаки

А. Теории охраны товарных знаков

- 1. Охрана прав потребителя
- 2. Охрана от недобросовестной конкуренции
- Б. Международная охрана товарных знаков
 - 1. Парижская конвенция
 - 2. Мадридское соглашение о международной регистрации товарных знаков
 - 3. Протокол к Мадридскому соглашению
 - 4. Договор о законодательстве по товарным знакам
 - 5. Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг в целях

регистрации товарных знаков

6. Соглашение ТРИПС

В. Охрана товарных знаков на региональном уровне

Г. Что может быть признано товарным знаком

Д. Что не может быть признано товарным знаком

- 1. Знаки, не подлежащие регистрации
- 2. Знаки, которым может быть отказано в регистрации

а. Введение

б. Нарушение прав третьих лиц

в. Отсутствие различительной способности знака

г. Дескриптивные (описательные) знаки

д. Использование в знаке общепринятых терминов

е. Использование наименования места происхождения

ж. Приобретаемая различительная способность

з. Обозначения, противоречащие общественной нравственности и морали

и. Знаки, вводящие в заблуждение

к. Функциональные знаки

Е. Регистрация товарных знаков и экспертиза заявки

1. Соотношение вопросов регистрации и охраны товарных знаков

2. Регистрационные формальности

3. Опубликование, опротестование, отмена регистрации товарных знаков

Ж. Срок действия права на товарный знак

3. Вопросы взаимоотношений работодателя и работника в связи с проблемой охраны

товарного знака

И. Лицензирование товарного знака

1. Введение

2. Франчайзинг

К. Права владельца товарного знака

1. Как помешать другим лицам использовать товарный знак

2. Меры против «размывания» товарного знака

3. Использование необремененного знака

Л. Ограничение прав владельца товарного знака

1. Использование товарных знаков применительно к товару, частично утратившему свои

свойства

2. Использование товарных знаков в рекламе сравнительного характера

М. Гражданско-правовые средства охраны товарных знаков

1. Доказывание нарушения права на товарный знак
 2. Доказывание «размывания» товарного знака
 3. Судебный запрет на использование товарного знака
 4. Возмещение ущерба
- Н. Меры административного характера
- О. Уголовно-правовые меры охраны товарных знаков
- П. Роль юриста в охране товарных знаков
1. Реестр товарных знаков и план их охраны
 2. Выбор товарного знака
- Х. Виды интеллектуальной собственности, близкие к товарным знакам
- А. Коллективные знаки
- Б. Сертификационные знаки
- В. Названия географических объектов
- Г. Фирменные наименования
- Д. «Пассинг-оф», или выдача своих товаров за товары других производителей
- Е. Охрана имен и изображений известных людей
- Ж. Охрана литературных образов
- З. Использование литературных образов в исполнении реальных актеров
- XI. Будущее права интеллектуальной собственности
- А. Эффективность правоприменения
- Б. От авторских прав к контракту
- В. Всемирный патент
- Г. Товарный знак как собственность
- Д. Новые формы интеллектуальной собственности

I. Введение. Основные институты права интеллектуальной собственности

Понятие «интеллектуальная собственность» является обобщающим по отношению к целому ряду правовых институтов, из которых наиболее значимыми являются институт коммерческой тайны, патентное право, авторские права и товарные знаки. Законодательство о коммерческой тайне и патентное право способствуют исследованиям и развитию новых идей. Авторское право способствует созданию литературных, художественных и музыкальных произведений, а также программного обеспечения для компьютеров. Законодательство о товарных знаках «увязывает» продукт с его производителем. В последние годы возник целый ряд новых форм интеллектуальной собственности. И каждый из связанных с ними институтов права интеллектуальной собственности имеет свою историю развития и свои конкретные задачи.

Коммерческая тайна в форме производственных секретов существовала с незапамятных времен. Древние мастера, несомненно, охраняли приемы, с помощью которых они превращали камни в орудия. Эти мастера задолго до возникновения какой бы то ни было правовой защиты знали, какое преимущество они получали от знания этих секретов. Однако обладание секретами, в сущности, дает лишь ограниченную защиту. Только тысячелетия спустя возникло право, охраняющее секреты производства. Охрана секретов развилась в отрасль небывалого значения, а технические знания и коммерческая тайна превратились в наиболее существенные ценности многих отраслей бизнеса. Охрана коммерческой тайны является одним из наиболее важных институтов права интеллектуальной собственности именно для тех стран, которые стремятся привлечь иностранные инвестиции. Одна отдельно взятая компания, охраняющая свои производственные секреты, еще может решиться продавать изготавливаемую ею продукцию в страну со слабой охраной коммерческой тайны, но маловероятно, что такая страна может рассчитывать на серьезные прямые инвестиции.

Патентное право стало развиваться относительно недавно. Можно сказать, что патентное право служит определенным признанием несовершенства системы рыночной экономики, ибо рыночная экономика, хорошо приспособленная для обеспечения производства и распределения товаров, малопригодна для того, чтобы побуждать к созданию новых и лучших товаров. Это связано с тем, что при изобретении нового продукта в чисто рыночной системе конкуренты тотчас его копируют и сводят его цену до стоимости производственных затрат, тем самым снижая прибыль до уровня, на котором невозможно возместить расходы на исследования и разработки, приведшие к появлению изобретения. Патентное право как раз и возникло для разрешения этой проблемы. Обеспечивая охрану изобретения от конкурентов на долгие годы вперед, патент увеличивает шансы получения прибыли и, тем самым, стимулирует изобретательство. Патент — это затратный механизм правовой охраны в том смысле, что обществу приходится платить более высокую цену за патентованный продукт ввиду уменьшения конкуренции производителей в данной области.

Точно так же, как институт патентования способствует развитию и исследованиям нового, авторское право содействует созданию литературных произведений. На написание книги могут уйти годы. В рыночной системе в чистом виде, если книга успешно продается, другие издатели сразу же издадут ту же самую книгу. Такая конкуренция приведет к снижению цены, что, соответственно, породит нежелание авторов и издателей затрачивать много времени и денег, требующихся для написания и издания книги. Обеспечивая охрану прав автора и издателя, авторское право создает экономический стимул к созданию новых произведений.

Товарный знак имеет совсем иную функцию. Давным-давно, когда торговля велась на уровне деревенского рынка, простыми товарами, покупатели лично знали продавцов и легко могли оценивать качество товаров (например, ощупывать фрукты). Со временем рынки развились до уровня национальных и международных, возникло массовое производство товаров, зачастую дорогих и сложных, и определение производителя конкретного продукта стало чрезвычайно важным вопросом. Товарный знак с пользой служил как производителю, так и покупателю. Производители высококачественных товаров начали ставить свой товарный знак, и поскольку они уже имели завоеванную репутацию, то могли назначать более высокую цену. Покупатель же мог относиться к товару с доверием, ибо знал репутацию конкретного производителя.

В соответствии со ст. 2 Гражданского кодекса РФ (в дальнейшем — ГК) отношения, связанные с охраной и использованием объектов интеллектуальной собственности, входят в предмет регулирования российского гражданского права. Нормы ГК, включая те из них,

которые будут сосредоточены в третьей части Кодекса, вместе; с правилами, содержащимися в специальных законах, посвященных: охране исключительных прав на отдельные результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты, образуют в своей совокупности особую подотрасль российского гражданского права. Указанную подотрасль принято именовать *правом интеллектуальной собственности в объективном смысле слова*, что означает *систему правовых норм о личных и имущественных правах на все те результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты, которые признаются и охраняются законом*. С учетом общности ряда объектов интеллектуальной собственности и сложившейся в рассматриваемой области системы источников права указанная подотрасль российского гражданского права обычно подразделяется на четыре относительно самостоятельных института. Несмотря на тесную взаимосвязь и наличие целого ряда общих моментов, каждый из этих институтов имеет присущие лишь ему черты, которые находят отражение в закрепленных ими нормах.

Прежде всего выделяется *институт авторского права и смежных прав*. Им регулируются отношения, возникающие в связи с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства (авторское право), фонограмм, исполнений, постановок, передач организаций эфирного и кабельного вещания (смежные права). Объединение в едином институте, который в дальнейшем для краткости будет именоваться авторским правом, двух указанных групп норм объясняется теснейшей зависимостью возникновения и осуществления смежных прав от прав авторов творческих произведений, а также урегулированностью соответствующих отношений единым законом.

Другим правовым институтом, входящим в систему подотрасли «право интеллектуальной собственности», является *патентное право*. Оно регулирует имущественные, а также связанные с ними личные неимущественные отношения, возникающие в связи с созданием и использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. Объединение трех названных объектов интеллектуальной собственности в рамках единого института патентного права объясняется следующими соображениями. Во-первых, изобретения, полезные модели и промышленные образцы, с одной стороны, обладают значительным сходством, и с другой — существенно отличаются от иных объектов интеллектуальной собственности. Все они являются результатами творческой деятельности, имеют конкретных создателей, права которых признаются и охраняются законом, совпадают друг с другом по ряду признаков и т.д. Во-вторых, их охрана осуществляется посредством единой формы, а именно путем выдачи патента. В-третьих, правовое регулирование связанных с этими тремя объектами общественных отношений имеет гораздо больше сходства, чем различий, и к тому же осуществляется в России единым законодательным актом, а именно Патентным законом РФ.

Как и авторское право, патентное право имеет дело с охраной и использованием нематериальных благ, являющихся продуктами интеллектуального творчества. Изобретения, полезные модели, промышленные образцы, как и произведения науки, литературы и искусства, охраняемые авторским правом, представляют собой результаты мыслительной деятельности, идеальные решения тех или иных технических или художественно-конструкторских задач. Лишь впоследствии, в ходе их внедрения, они воплощаются в конкретные устройства, механизмы, процессы, вещества и т.п. Наряду, со сходством сравниваемые объекты имеют и существенные различия. Если в произведениях науки, литературы и искусства основная ценность и предмет правовой охраны — их художественная форма и язык, которые отражают их оригинальность, то в объектах патентного права ценность представляет прежде всего само содержание тех решений, к которым пришли изобретатели. Именно оно и становится предметом охраны патентного права. В отличие от формы авторского произведения, которая фактически неповторима и может быть лишь заимствована, решение в виде устройства, способа, вещества, штамма или внешнего вида изделия может быть разработано другими лицами совершенно независимо от первого его создателя.

С развитием товарно-денежных отношений в России все более важным элементом рыночной экономики становятся такие объекты промышленной собственности, как фирменные наименования, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров. Создание равных условий хозяйствования для всех товаровладельцев, внедрение конкурентных начал в их деятельность и повышение ответственности за ее результаты, необходимость насыщения рынка товарами и услугами для удовлетворения потребностей населения обуславливают объективную потребность в правовом механизме, обеспечивающем должную индивидуализацию предприятий и организаций, а также производимых ими товаров и услуг. Такой правовой механизм представлен особым институтом рассматриваемой подотрасли гражданского права, а именно *институтом средств индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции*

(работ, услуг).

Данный правовой институт, как и патентное право, имеет дело с так называемой промышленной собственностью, то есть с исключительными правами, реализуемыми в сфере производства, торгового обращения, оказания услуг и т.п. Основной функцией рассматриваемого института интеллектуальной собственности является обеспечение должной индивидуализации производителей и их товаров, работ и услуг. Сам институт состоит, однако, из двух тесно взаимосвязанных, но все же относительно самостоятельных частей, а именно субинститута средств индивидуализации участников гражданского оборота (фирменные наименования) и субинститута средств индивидуализации продукции, работ и услуг (товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров).

Творения, признаваемые произведениями науки, литературы или искусства, а также изобретениями, полезными моделями и промышленными образцами, не исчерпывают всего многообразия результатов творческой деятельности. Наряду с ними имеется немало объектов, которые создаются творческими усилиями людей, представляют ценность для общества и также нуждаются в общественном признании и правовой охране. Наличие такого рода объектов и необходимость правового регулирования связанных с ними общественных отношений в настоящее время признается подавляющим большинством государств. Россия не представляет в этом отношении какого-либо исключения. Помимо традиционных объектов, охраняемых авторским и патентным правом, а также институтом средств индивидуализации участников гражданского оборота, российское гражданское право предоставляет охрану селекционным достижениям, топологиям интегральных микросхем, информации, составляющей служебную и коммерческую тайну, и некоторым другим результатам интеллектуальной деятельности. Опираясь на отличия указанных результатов интеллектуальной деятельности от традиционных объектов интеллектуальной собственности, все их можно условно отнести к сфере единого правового института, а именно *института охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности*.

Причины введения правовой охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности можно подразделить на общие, которые касаются всех этих объектов, и специфические, которыми обусловлена охрана каждого конкретного объекта. К общим причинам следует отнести прежде всего то, что рассматриваемые объекты являются результатами интеллектуального труда. Как и результаты всякого другого труда, они не могут быть бесосновательно отчуждены от их создателей. Напротив, интеллектуальный характер труда более, чем какой-либо иной результат труда, предполагает признание особой связи достигнутого результата с его создателем. Далее, в общественном и государственном признании особых прав создателей новых творческих результатов, не совпадающих с объектами авторского и патентного права, заинтересованы не только сами авторы, но и общество в целом. Введение специальной правовой охраны этих результатов стимулирует творческую активность его членов, способствует развитию научно-технического прогресса и умножению духовного богатства общества. Наконец, важной причиной такой охраны служит то, что традиционные институты права интеллектуальной собственности — авторское и патентное право, а также институт средств индивидуализации участников гражданского оборота не могут обеспечить в силу присущих рассматриваемым объектам особенностей их надлежащую правовую охрану. Так, авторское право охраняет форму, а не содержание творческих произведений. Между тем ценность топологий интегральных микросхем, селекционных достижений и других нетрадиционных объектов состоит прежде всего в содержании соответствующих решений. Конечно, любой творческий результат, выраженный в объективной форме и доступный для восприятия третьими лицами, охраняется в качестве объекта авторского права. Но такая охрана не обеспечивает признания и защиты основного творческого вклада его создателя — разработки содержания решения.

Охрана содержания новых решений практических задач обеспечивается патентным правом. Однако лежащие в основе данного института принципы, в частности необходимость доведения существа решения до сведения третьих лиц как условие предоставления охраны, правоустанавливающее значение государственной регистрации объекта промышленной собственности и др., не позволяют использовать его без существенной модификации для охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной

собственности. Поэтому, несмотря на близость рассматриваемых объектов к изобретениям, полезным моделям и промышленным образцам, они не могут охраняться в рамках патентного права.

Наряду с этими общими причинами имеются и особые основания охраны каждого конкретного объекта. Так, например, введение особой правовой охраны служебной и коммерческой тайны обусловлено необходимостью ограждения законных интересов участников товарного оборота, затрачивающих время, силы и средства на разработку и внедрение передовых технологий и методов ведения бизнеса, которые далеко не всегда могут быть защищены с помощью традиционных форм правовой охраны. Правила добросовестной конкуренции предполагают наличие у других участников оборота возможности самостоятельно добиваться аналогичных результатов, но запрещают вторжение в область чужих технических и коммерческих секретов путем промышленного шпионажа, подкупа и других недозволенных методов.

Те права, которые признаются действующим законодательством за создателями селекционных достижений, топологий интегральных микросхем и иных нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности, носят абсолютный и исключительный характер, то есть характер, присущий интеллектуальной собственности. Многие связанные с ними общественные отношения регулируются такими же или сходными правилами, которые применяются к отношениям, вытекающим из создания и использования объектов авторского и патентного права. И тем, и другим объектам свойственны многие общие признаки, которые предопределяются их общей творческой природой. Наконец, во многом совпадают возможные нарушения и способы защиты прав на эти объекты.

Итак, подотрасль гражданского права — право интеллектуальной собственности — представлена четырьмя названными выше институтами, образующими, соответственно, авторское право, патентное право, институт средств индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции (работ, услуг) и институт охраны нетрадиционных объектов интеллектуальной собственности.

II. История развития права интеллектуальной собственности

A. Развитие права интеллектуальной собственности на национальном уровне

Охрана интеллектуальной собственности начала развиваться в отдельных странах задолго до возникновения международной системы. Уже в XIV в. европейские суверены предоставляли специальные привилегии тем, кто начинал производство новых товаров, независимо от того, было ли это производство основано на собственных изобретениях или на заграничных заимствованиях. Произвольное предоставление таких привилегий постепенно стало регулироваться законодательно. К числу наиболее значимых актов в этой области можно отнести Статут Венецианской республики 1474 г. и английский Закон о монополиях 1628 г. К началу XIX в. в США и в ряде европейских стран уже было достаточно развитое патентное законодательство, основанное не на предоставлении индивидуальных преимуществ, а на выдаче патента любому лицу, заполнившему заявку с описанием нововведения. Охрана авторского права в Англии началась с возникновения при поддержке государства издательского картеля — правительственного издательства, отдельным членам которого (издателям), официально вошедшим в картель, были предоставлены исключительные права на публикуемые ими работы. Основание современной системы авторского права в англоязычных странах было заложено Законом 1710 г., который вводил регистрацию публикуемых произведений. Во Франции вскоре после Великой французской революции Учредительным собранием (Конвентом) были приняты законы, устанавливающие пожизненные авторские права для самих создателей произведений и ограниченные во времени права для их наследников. Примеру Франции широко последовали во всей Европе, и он послужил основой при создании Бернской конвенции. Охрана товарных знаков и производственных секретов в англоязычных странах хорошо развилась на основе прецедентного общего права уже к середине XIX в. А к концу века законодательство об охране товарных знаков распространилось по всему европейскому континенту.

Становление и развитие правовой охраны интеллектуальной собственности в России происходило в целом таким же путем, какой был пройден данной подотраслью в европейских странах и в США. Вместе с тем нельзя не указать на ряд моментов, которые отражают российскую специфику и во многом помогают лучше понять современное состояние охраны интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Прежде всего правовая охрана авторских произведений, технических новшеств и других объектов интеллектуальной собственности появилась в России значительно позже, чем в странах Западной Европы и США. Законы об авторском праве, патентах на изобретения, об охране товарных знаков и промышленных образцов, которые, в основном, отвечали требованиям времени и были приближены к европейским образцам, были приняты в России лишь на рубеже XIX—XX в. Советский период вновь надолго отбросил российское законодательство об интеллектуальной собственности далеко назад, в силу чего к концу XX в., перед началом реформ, данная область законодательства значительно отстала в своем развитии от западноевропейского законодательства. Указанный разрыв был в основном ликвидирован только с принятием в начале 90-х годов действующих в настоящее время законов об охране отдельных объектов интеллектуальной собственности.

Далее, характерной чертой российского законодательства об интеллектуальной собственности, которая постепенно преодолевается в последние годы, являлся традиционно низкий уровень охраны авторских и патентных прав. Российские законы в рассматриваемой области, как до 1917 г., так и позднее, никогда «не дотягивали» по уровню охраны до европейских стандартов и не отвечали требованиям основных международных конвенций. По этой и ряду других причин Россия длительное время не участвовала ни в одном из важнейших международных соглашений по охране интеллектуальной собственности. Эта изолированность от внешнего мира, особенно углубившаяся в период проведения социалистического эксперимента, также не могла не сказаться на развитии российского законодательства об охране интеллектуальной собственности.

Следующей специфической чертой российского законодательства в рассматриваемой сфере являлось широкое вмешательство государства в отношении создателей творческих достижений и их пользователей. Так, авторское право России родилось и длительное время существовало в рамках цензурного законодательства, государство всегда оставляло за собой широкие возможности по вмешательству в сферу патентной монополии и т.д. Особенно мощным воздействием государства на эту область частных отношений было в советский период развития. Например, в советском

авторском праве широко применялись так называемые типовые авторские договоры (издательские, постановочные, сценарные и др.), которые имели нормативное значение и подробно регламентировали отношения авторов и пользователей произведений; строго нормативно регламентировались ставки вознаграждения авторов произведений и изобретателей и т.п.

Наконец, нельзя забывать и того, что в течение длительного времени российское законодательство об интеллектуальной собственности развивалось под влиянием социалистической идеологии. Наиболее ярко это проявлялось в широких возможностях использования творческих достижений в государственных и общественных интересах. Так, основной формой охраны изобретений и промышленных образцов на протяжении почти семи десятилетий был не патент, а авторское свидетельство, которое закрепляло исключительное право на использование технических и художественно-конструкторских решений не за их создателями, а за государством; авторское право разрешало свободно, т.е. без согласия авторов и без выплаты им вознаграждения, использовать выпущенные в свет произведения в кино, на радио и телевидении, в газетах и т.п.

Отмеченные выше особенности развития российского законодательства об интеллектуальной собственности: его отсталость, традиционно низкий уровень охраны, изолированность от внешнего мира, ярко выраженные публичные начала, влияние социалистической идеологии — не могут сбрасываться со счетов при оценке его современного состояния. Хотя реформы 90-х годов знаменовали собой значительный прорыв в рассматриваемой сфере, невозможно за столь короткий срок полностью преодолеть те традиции, которые складывались в России не одно десятилетие. Поэтому нет ничего удивительного в том, что многие положения новых российских законов остаются пока нереализованными, а отдельные из них получают на практике весьма своеобразную интерпретацию.

Б. Возникновение международных стандартов и международных организаций

В XIX в. в индустриально развитых странах возникло осознание того, что охрана интеллектуальной собственности только на национальном уровне недостаточна. При таком уровне охраны стимулы к развитию ограничивались получением прибыли, которую можно было извлечь лишь в пределах одной страны. Авторы произведений и изобретатели из малых стран видели, что их работы воспроизводились во всем мире, но вознаграждение за них они получали только на национальном рынке. Отличная от этого ситуация наблюдалась лишь в отдельных областях бизнеса, например в строительстве, где получалось 100% прибыли независимо от того, в какой стране возводились здания. По этой причине интернационализация охраны интеллектуальной собственности стала быстро развиваться, хотя и по сей день нельзя сказать, что есть серьезное продвижение вперед в интернационализации некоторых областей, например международной охраны недвижимости.

По мере развития международной охраны интеллектуальной собственности путем принятия межнациональных договоров становилось очевидным, что одних договоров недостаточно, поскольку происходило массовое и ненужное дублирование мер по регистрации одних и тех же товарных знаков и изобретений в патентных бюро и иных службах в сотнях стран. Ввиду быстрого роста объема научно-технической информации в большинстве стран возникла необходимость в содержании библиотечных фондов и экспертного персонала, услуги которого требовались для установления новизны и обоснованности патентной заявки. В целях централизации работы в данной области, избежания дублирования усилий и для обмена опытом были созданы международные административные службы. Административная сторона процесса интернационализации охраны интеллектуальной собственности продолжает быстро развиваться. Одновременно идет процесс повсеместного внедрения английского языка для использования в товарных знаках и в патентной регистрации с целью избежания дорогостоящего перевода технических материалов на десятки языков.

Произошли также серьезные изменения, касающиеся объема понятия охраны интеллектуальной собственности и используемой терминологии. Одно время широко использовался термин «промышленная собственность» для обозначения области, охватывающей патентное право, права на промышленные образцы, коммерческую тайну, товарные знаки и вопросы недобросовестной конкуренции. Авторское право этим термином не охватывалось. Но сейчас этот термин быстро выходит из употребления и заменяется более широким понятием «интеллектуальная собственность», в которое включается весь смысловой объем термина «промышленная собственность» плюс авторское право и смежные права. Причина этого в следующем: изменения в сфере экономических реалий привели к частичному совпадению того, что когда-то было четкими отдельными институтами права, и практики. Авторское право расширилось и охватило такие сугубо практические вопросы, как программное компьютерное обеспечение. Возникли новые области

правовой охраны, как, например, охрана топологий интегральных микросхем, что по сути есть гибрид авторского и патентного права. Законодательство о товарных знаках приобрело значимость в областях, которые прежде охранялись лишь авторским правом. Например, марка «Битлз» имеет такую же значительную ценность, как и авторское право на сочинения этой известной музыкальной группы.

Когда в XIX в. создавалась международная система охраны интеллектуальной собственности, в литературной и изобретательской деятельности ключевую роль играли индивидуальные авторы (например, Жюль Верн) и изобретатели (например, Томас Эдисон). Необходимость охранять их права послужила политическим и идеологическим обоснованием начала переговоров по первым основным соглашениям об охране права интеллектуальной собственности. Постепенно, уже в XX в., творческий труд талантливых людей расширялся по мере роста уровня образования населения. Сегодня основными производителями интеллектуальной собственности являются крупные международные корпорации, в которых работают большие группы специалистов. Такие корпорации всегда лоббируют принятие законодательства и заключение договоров, защищающих их интересы. В XIX в. и в начале XX в. наиболее крупные и быстро развивающиеся товаропроизводители были, например, в угольной, сталелитейной и автомобильной промышленности. В настоящее время наиболее быстро развивающиеся компании — это создатели интеллектуальной собственности: производители программного обеспечения, индустрия развлечений и фармацевтические компании. Традиционные товаропроизводители в лоббировании своих интересов преследовали часто несовместимые цели: открытия зарубежных рынков для своих товаров, с одной стороны, и ограничения конкурирующего с ними импорта в свои страны — с другой. Наиболее современные товаропроизводители, например производители компьютеров, более заинтересованы в свободной торговле, нежели в протекционизме. Результатом развития свободной торговли стало появление основных региональных зон свободной торговли (Европейского союза) и регулирующих ее правил, например Североамериканского соглашения о свободе торговли (НАФТА), а также пересмотр Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) и его преобразование во Всемирную торговую организацию (ВТО).

В нашей стране термин «интеллектуальная собственность», считавшийся неприемлемым с конца XIX в., вновь вошел в научный оборот и в законодательство в начале 90-х годов, а окончательно был узаконен Конституцией РФ 1993 г. Хотя ст. 44 Конституции РФ, посвященная свободе литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, и не раскрывает содержание данного понятия, в ней подчеркивается, что «интеллектуальная собственность охраняется законом». Новый Гражданский кодекс РФ, который также оперирует данным понятием, раскрывает в общем виде его содержание в ст. 138. Анализ указанной статьи позволяет сделать вполне определенный вывод о том, что под *интеллектуальной собственностью* в российском законодательстве понимается не что иное, как *совокупность исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, а также некоторые иные приравненные к ним объекты, в частности средства* индивидуализации г/частников гражданского оборота и производимой ими продукции (работ, услуг)*. Перечня конкретных объектов правовой охраны, подпадающих под понятие интеллектуальной собственности, ГК не содержит. Однако из ст. 138 ГК однозначно следует, что соответствующая правовая охрана результатов интеллектуальной деятельности и других приравненных к ним объектов обеспечивается лишь «в случаях и в порядке, установленных настоящим Кодексом и другими законами». Это означает, что для отнесения того или иного результата интеллектуальной деятельности или иного объекта к интеллектуальной собственности требуется Прямое указание закона.

Подобный подход на сегодняшний день оправдан, поскольку, во-первых, пока еще отсутствуют реальные возможности для обеспечения правовой охраны любых интеллектуальных достижений и, во-вторых, предоставление охраны некоторым результатам вряд ли целесообразно по чисто практическим соображениям. Тазе, не вызывает сомнений правомерность постановки вопроса о введении правовой охраны научных идей, гипотез, теорий и иных подобных научных результатов. Проблема, однако, состоит в том, как создать соответствующий правовой механизм, не прибегая к коренной ломке сложившихся правовых институтов и не ставя препятствий для развития научно-технического прогресса. Пока попытки отдельных ученых и законодателей решить эту проблему какими-либо значительными успехами не увенчались.

Примером объекта, охрана которого вполне может быть обеспечена в традиционных законодательных рамках, но вряд ли целесообразна на современном этапе, может служить

видеозапись. В принципиальном плане видеозаписи ничем не отличаются от звукозаписей, охраняемых в качестве одного из объектов смежных прав, и с теоретической точки зрения, безусловно, должны быть причислены к объектам интеллектуальной собственности. Однако в настоящее время в большинстве стран, предусматривающих охрану смежных прав, видеозаписи объектами смежных прав не признаются. Не обеспечивается их охрана и Международной (Римской) конвенцией об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. В этих условиях введение в российское законодательство специальной охраны видеозаписей нецелесообразно, тем более с учетом того, что на них распространяются общие нормы авторского права.

Отсутствие в ГК указания на конкретные виды охраняемых объектов интеллектуальной собственности предоставляет возможность путем принятия соответствующих законов или внесения в них изменений и дополнений относить к их числу те или иные результаты интеллектуальной деятельности, то есть более оперативно и не меняя самого ГК решать все эти вопросы. Как показывает мировой опыт последних двух—трех десятилетий, число и виды охраняемых результатов интеллектуальной деятельности постоянно расширяются. Так, только за последние десять лет круг охраняемых в Российской Федерации объектов интеллектуальной собственности пополнился полезными моделями, наименованиями мест происхождения товаров, топологиями интегральных микросхем, программами для ЭВМ, базами данных, служебной и коммерческой тайной, объектами смежных прав. Напротив, такие результаты интеллектуальной деятельности, как открытия и рационализаторские предложения, лишились практической охраны, хотя вопрос о них в законодательном плане до сих пор окончательно не решен. Так или иначе, состав объектов интеллектуальной собственности не находится в застывшем состоянии, а, напротив, постоянно уточняется и конкретизируется.

Характеризуя понятие интеллектуальной собственности, нельзя обойти вниманием и вопрос о том, что вкладывается в него важнейшими международными соглашениями, тем более что в соответствии с Конституцией РФ те из них, в которых участвует Российская Федерация, являются составной частью российской правовой системы (ч. 4 ст. 15). Наиболее полным образом понятие интеллектуальной собственности раскрывается в п. VIII ст. 2 Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС), от 14 июля 1967 г. В ней указывается, что интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к:

- литературным, художественным и научным произведениям;
- исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам;
- изобретениям во всех областях человеческой деятельности;
- научным открытиям;
- промышленным образцам;
- товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;
- защите против недобросовестной конкуренции;

а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной собственности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

В названной Конвенции, как и в ГК, термин «интеллектуальная собственность» используется в собирательном смысле, обозначая собой все права на результаты творческой деятельности и некоторые приравненные к ним объекты. Содержащийся в Конвенции перечень конкретных видов исключительных прав носит примерный характер и может быть легко дополнен иными результатами интеллектуальной деятельности. Очевидным является и то, что на членов ВОИС не налагается обязательство обеспечить в своих странах охрану всех перечисленных в Конвенции прав, и они сами определяют круг охраняемых объектов интеллектуальной собственности. Наконец, даже при сильном желании в приведенном выше определении трудно усмотреть какую-либо связь (кроме чисто терминологического сходства) понятия интеллектуальной собственности и права собственности в его традиционном смысле.

Подводя определенный итог сказанному, можно отметить, что и современное российское законодательство, и международные соглашения понимают под *интеллектуальной собственностью совокупность исключительных прав как личного, так и имущественного характера на результаты интеллектуальной и в первую очередь творческой деятельности, а также на некоторые иные приравненные к ним объекты, конкретный перечень которых устанавливается законодательством соответствующей страны с учетом принятых ею международных обязательств*. В настоящее время термин «интеллектуальная собственность» лишь

в историческом плане связан с теорией интеллектуальной собственности конца XVIII — начала XIX вв. и не таит в себе никакой реальной опасности в части введения в заблуждение относительно юридической природы тех прав, для обозначения которых он обычно используется. Поэтому для его применения и в законодательстве, и в юридической литературе нет никаких серьезных противопоказаний.

1. Интернационализация права интеллектуальной собственности

Право интеллектуальной собственности является одной из наиболее быстро развивающихся и укрепляющихся на международном уровне подотраслей гражданского права. В международных договорах не просто определяются основные очертания большинства институтов права интеллектуальной собственности, но и детально регламентируются многие конкретные положения. Эти положения оставляют сравнительно мало возможностей для вариаций на национальном уровне. Так, например, международные договоры по авторским правам содержат положения, по которым авторское право имеет пожизненный срок действия плюс 50 лет. Страны — участницы таких договоров могут вводить более длительный срок охраны, но укорачивать его не вправе. И хотя теоретически считается, что присоединение к таким договорам — дело добровольное, страны, не вступившие в договорные отношения по охране интеллектуальной собственности, не могут стать членами Всемирной торговой организации и подвергаются такому давлению со стороны ведущих торговых держав, что присоединение к договору в действительности становится делом обязательным.

Международный аспект права интеллектуальной собственности имеет и другое проявление. В мировом сообществе одни страны являются основными экспортерами интеллектуальной собственности, другие — основными импортерами. Значительная доля интеллектуальной собственности производится гигантскими многонациональными корпорациями. Они заинтересованы в мировой охране своих прав. Например, хороший фильм может иметь одинаково большой прокат в Европе, Восточной Азии и в Северной Америке. Изобретатель нового сотового телефона в маленькой стране, скажем в Финляндии, будет гораздо более заинтересован в регистрации своих прав в США или в Японии, а не в Финляндии, поскольку уровень возможных доходов от продаж в этих странах выше.

В некоторых отраслях права знание международного и зарубежного права — это культурная роскошь. Например, адвокат, специализирующийся по уголовным делам, может добиться успеха, обладая знаниями только уголовного права и процесса страны, в которой он практикует. Юристу, специализирующемуся в вопросах операций с недвижимостью (таких, как залог, продажа или аренда), не нужно знать имущественное право других стран. Но специалист по интеллектуальной собственности постоянно имеет дело с международным и зарубежным правом. Если его клиент не принимает нужных мер для охраны интеллектуальной собственности, он может потерять права на нее не только по законам своей страны, но и по международному праву. И чтобы успешно контактировать с зарубежными адвокатами по делам таких клиентов, юрист должен обладать достаточными знаниями по международному праву интеллектуальной собственности.

2. Дисбаланс интересов стран, экспортирующих и импортирующих объекты интеллектуальной собственности

Наиболее серьезный конфликт интересов в мировой системе охраны интеллектуальной собственности вызван противоречиями между такими странами, как США, которые экспортируют интеллектуальную собственность, и такими, как Китай, который является ее импортером в чистом виде. Укрепление международной системы охраны интеллектуальной собственности означает перевод ценностей из стран-импортеров в страны-экспортеры. Поскольку странами-экспортерами интеллектуальной собственности являются, как правило, страны с наиболее высоко развитой экономикой, это означает, что ценности перетекают из бедной страны в богатую. Результатом является продолжающаяся борьба за развитие международного права интеллектуальной собственности.

Эта борьба прошла четыре этапа. Первый длился до 50-х годов, и это был этап, когда менее развитые страны предоставляли ограниченную охрану интеллектуальной собственности и либо не присоединялись к международным договорам, например, к Бернской конвенции, по которой требуется высокий уровень охраны интеллектуальной собственности, либо присоединялись к ним

на бумаге, но не исполняли их положений на деле. На втором этапе практически все страны привели свои системы охраны интеллектуальной собственности в соответствие с международными стандартами, но многие государства до сих пор не могут или не хотят на практике обеспечивать соблюдение прав на интеллектуальную собственность. Третий этап начался сравнительно недавно с принятия положения о том, что страны — члены Всемирной торговой организации должны обеспечивать охрану интеллектуальной собственности и на бумаге, и на деле. Этот этап еще не завершился, но уже сейчас начинается четвертый этап, характеризующийся расширением и интенсификацией охраны интеллектуальной собственности ввиду наблюдающегося стремления к «приватизации» интеллектуальной собственности, находящейся в общественном пользовании. Компании, занимающиеся массовым производством интеллектуальной продукции, и страны, являющиеся ее основными экспортерами, постоянно работают над усилением охраны интеллектуальной собственности и над тем, чтобы вывести интеллектуальную собственность из сферы общего пользования.

Это течение и хорошо организовано, и хорошо финансируется. Оно отмечается одновременно на национальном, региональном и международном уровнях. Успех, достигаемый на любом из них, сопровождается кампанией за международную «гармонизацию» прав на интеллектуальную собственность с целью поднять другие части системы на более высокий уровень. Хорошим примером может служить успех, достигнутый в лоббировании принятия Европейским союзом Директивы в области охраны прав на интеллектуальную собственность, по которой на 20 лет увеличивается длительность срока авторских прав. Эта Директива автоматически стала обязательной для всех стран — членов ЕС. Она была использована и в США представителями промышленного лобби с целью убедить Конгресс принять закон, также удлиняющий срок действия авторских прав на 20 лет. Если такой успех удастся повторить и в других странах, тогда может появиться большая вероятность внесения изменений в Бернскую конвенцию (наиболее важный международный документ по авторским правам) с тем, чтобы срок охраны авторских прав был увеличен на 20 лет. Представляется, что движение за усиление охраны интеллектуальной собственности и «приватизацию» прав на интеллектуальную собственность, находящуюся сейчас в общественной сфере, остановить очень трудно, поскольку за ним стоят и высокоорганизованная промышленность, и дипломатически оформленные усилия, а против него выступает неоднородная и неорганизованная общественность.

Несмотря на то, что огромный вклад российской науки, литературы и искусства в мировую цивилизацию общепризнан, в настоящее время Россия, бесспорно, относится к числу импортеров интеллектуальной собственности. Данное обстоятельство служит одной из главных причин того, что реальный уровень охраны прав на многие объекты интеллектуальной собственности продолжает оставаться крайне низким, так как многие положения новых российских законов, относящихся к рассматриваемой сфере, не используются на практике. Желание России влиться в мировое сообщество и на равных участвовать в торговых отношениях может быть реализовано лишь при условии обеспечения ею реальной охраны интеллектуальной собственности. К сожалению, надлежит признать, что пока для решения данной задачи в стране нет необходимых предпосылок. Политическая и экономическая нестабильность, беззаконие и чиновничий произвол, разгул преступности и проникновение последней практически во все сферы общественной жизни, низкий уровень правовой культуры и апатия простых граждан, большинство из которых находится за чертой бедности, — все эти и некоторые другие факторы вряд ли благоприятствуют охране прав на такую во многом эфемерную вещь, каковой является интеллектуальная собственность. Иными словами, ни о какой реальной охране интеллектуальной собственности невозможно говорить до тех пор, пока в стране не будет наведен элементарный порядок.

В. Роль юриста, специализирующегося в сфере интеллектуальной собственности

Роль юриста, специализирующегося в сфере интеллектуальной собственности в известном смысле сходна с ролью, которую играют юристы-консультанты в других вопросах, но вместе с тем она имеет свои серьезные отличия. Как и другие юрисконсульты, специалисты по интеллектуальной собственности должны охранять права своих клиентов и помогать им избегать нарушений прав других правообладателей. Но в отличие от юрисконсультов по другим вопросам специалисты по интеллектуальной собственности ответственны за охрану прав в ином масштабе, т.е. практически по всему миру.

Так, юристы, практикующие в сфере недвижимости, должны, как правило, знать законодательство, регулирующее имущественные правоотношения в пределах одной конкретной юрисдикции, а именно в пределах места нахождения недвижимости и компетенции самого юриста. Не существует вероятности того, что какое-либо иное законодательство, кроме французского, будет регулировать права собственности на землю и здания в Париже. А от специалиста по интеллектуальной собственности требуется знание этой отрасли и в международном плане. Французскому производителю товаров, например, необходимы различные виды охраны прав на интеллектуальную собственность (патенты, охрана товарных знаков, охрана авторских прав и пр.) не только в пределах Франции, но и в Европейском союзе, а практически по всему миру. Французский специалист по недвижимости должен предвидеть возможные для своего клиента последствия таких правоотношений, как сервитут, аренда и т.д., которые могут ограничить его право пользования недвижимостью, находящейся в Париже. Но все эти правоотношения регулируются французским правом. В противоположность этому юрист производителя товара в Париже должен быть в состоянии обеспечить клиенту возможность свободного экспорта без нарушения права интеллектуальной собственности других участников рынка. Например, клиент может быть законным обладателем патента или товарного знака во Франции. При этом может обнаружиться, что конкурент в Канаде зарегистрировал права на такой же товарный знак или патент, а это уже станет препятствием для французского экспорта по данной позиции в эту страну. Поэтому от юриста потребуются принятие активных мер по удовлетворению требований иностранного законодательства для получения патента или товарного знака за рубежом, поскольку отсрочки в удовлетворении таких требований могут привести к лишению права на охрану интеллектуальной собственности.

Понятно, что ни один юрист не может знать законодательство об интеллектуальной собственности всех стран. Выход был найден в специализации, в которой условно можно выделить два типа. Первый тип специализации заключается в том, что юристы специализируются по какой-то конкретной отрасли права интеллектуальной собственности, например по патентному или авторскому праву. При этом, естественно, они прекрасно знают право интеллектуальной собственности своей страны. Кроме того, по вопросам регистрации прав или преследования за их нарушения юристы, как правило, работают в контакте с юристами или поверенными других стран. Однако для того, чтобы разработать программу охраны прав на интеллектуальную собственность по всему миру, а также для того, чтобы устанавливать связи со специалистами в других странах, юрист, занимающийся вопросами интеллектуальной собственности, должен иметь совершенно отчетливое представление о сложной системе международного договорного права, регулирующего отношения в данной области. Степень международного урегулирования здесь постоянно возрастает, порождая новые детали, которые должны учитываться и инкорпорироваться в национальное законодательство об интеллектуальной собственности. Таким образом, знание международного права дает юристу представление о праве интеллектуальной собственности и в отдельных странах. Вместе с тем международные договоры оставляют место для учета национальных особенностей правового регулирования в вопросах интеллектуальной собственности. Например, в области авторского права они допускают возможность использования особенностей систем континентального гражданского права, где усилены права автора, и особенностей систем общего права, где усилены права издателя. И поскольку рынок для объектов авторского права включает и страны общего права, и страны континентального права, становится понятной практическая важность знания обеих систем.

Но возможности любого юриста не безграничны. Французский юрист, например, может зарегистрировать авторское право своего клиента в Американском агентстве по авторским правам и тем самым обеспечить ему более высокий уровень защиты, которую дает регистрация авторского права в США. Однако французскому юристу почти наверняка потребуются помощь американского специалиста по патентам для заполнения патентной заявки и оформления других бумаг. В США, впрочем, как и во многих других странах, для того, чтобы быть аттестованным в качестве патентного поверенного и представлять интересы заявителей, требуется сдать экзамен по патентному праву. Кроме того, в США, как во многих других странах, допуск иностранных юристов или патентных поверенных к ведению дел заявителя осуществляется на условиях взаимности. Однако более серьезной причиной желания французского специалиста работать через американского патентного поверенного будет являться незнание французским юристом всех тонкостей американского патентного права и практической стороны функционирования американской Службы по патентам и товарным знакам. Тем не менее он должен обладать достаточными знаниями о международном и американском патентном праве для того, чтобы удержать своего клиента от тех шагов, которые могут для него закончиться утратой приоритета на изобретение или потерей права на патент по законодательству США.

Юрист, практикующий в области права интеллектуальной собственности, достаточно часто или даже в основном представляет интересы иностранных клиентов. Это почти всегда так в отношении малых стран. Подавляющее большинство прав на запатентованные изобретения, зарегистрированные товарные знаки и авторских прав, отстаиваемых, например, в Дании, принадлежит иностранным компаниям. И им нужна помощь датского юриста в обеспечении своих прав. От датского юриста, в свою очередь, потребуется знание международного права, служащего основанием для их защиты. Поскольку почти наверняка юристы иностранной компании не владеют датским языком и не компетентны в датском законодательстве, для датского юриста очень важно знать иностранный язык и международное право, чтобы поддерживать эффективные контакты с зарубежными коллегами.

Наряду со знанием основ законодательства об интеллектуальной собственности других стран и положений важнейших международных конвенций об охране интеллектуальной собственности юрист, специализирующийся в рассматриваемой сфере, должен соответствовать ряду дополнительных требований. Прежде всего, он должен обладать глубокими знаниями гражданского права. Право интеллектуальной собственности в объективном смысле включает в свой состав нормы различной отраслевой принадлежности. Однако подавляющая их часть носит гражданско-правовой характер, что дает основание рассматривать право интеллектуальной собственности в качестве особой подотрасли гражданского права.

Будучи составной частью гражданского права право интеллектуальной собственности подчиняется всем основным принципам гражданского права. На отношения, связанные с использованием и охраной объектов интеллектуальной собственности, распространяются практически все общие положения гражданского права, касающиеся правосубъектности участников гражданского оборота (положения о лицах), сделок, в том числе договоров, осуществления и защиты гражданских прав и т.п. Указанные и многие другие положения гражданского права не включаются в специальные законы об авторских и смежных правах, патентах на объекты промышленной собственности, товарных знаках и т.д., но незримо присутствуют в названных актах. Так, российские законы об отдельных объектах интеллектуальной собственности практически не содержат норм о договорах о передаче прав на использование этих объектов, ограничиваясь лишь указанием на виды возможных договоров и некоторые самые общие положения. Указанный «пробел» восполняется общими правилами гражданского права о сделках и договорах, которые применяются и в рассматриваемой сфере. Попытки толковать и применять положения специальных законов в отрыве от общего механизма гражданско-правового регулирования не только не продуктивны, но и способны привести к серьезным ошибкам в правоприменении. Например, принципиально неверно ограничивать защиту авторских, патентных и иных аналогичных прав только теми способами защиты, которые прямо названы в специальных законах. В данном случае применим весь арсенал гражданско-правовых средств защиты субъективных прав, который содержится в гражданских кодексах и иных общих актах гражданского права.

Для юриста, имеющего дело с промышленной собственностью, очень важно также знание антимонопольного законодательства и особых правил о защите прав потребителей. При заключении лицензионных соглашений, договоров коммерческой концессии (франчайзинга) и некоторых иных договоров необходимо учитывать те ограничения, которые установлены в целях защиты конкуренции и прав потребителей. В противном случае соответствующие условия договоров могут оказаться недействительными либо обернуться для их участников имущественными потерями.

Большую роль играет хорошее знание судебного процесса, а также знакомство с административными процедурами защиты прав в рассматриваемой сфере. Несвоевременно принятые меры по обеспечению иска и исполнению судебного решения могут, например, свести на нет все многочисленные усилия по защите нарушенных прав. Защита последних нередко более эффективно и быстро может быть обеспечена административными мерами, например мерами, применяемыми антимонопольными органами.

Наконец, юристу очень полезно знать основы тех областей интеллектуальной собственности, к которым применяются правовые нормы. Конечно, нельзя требовать от юриста, чтобы он досконально разбирался в искусстве или соответствующем разделе техники. Такие специалисты иногда встречаются, но их высокое мастерство обычно ограничивается той узкой областью знаний, к которой они прилагают свои усилия. Для хорошего специалиста в области интеллектуальной собственности достаточно того, чтобы он обладал знаниями основ науки, техники, литературы и искусства и, желательно, чуть глубже знал ту непосредственную область, в которой он специализируется.

III. Международные учреждения по охране интеллектуальной собственности

A. Введение

В области охраны интеллектуальной собственности существует два основных института международного уровня и ряд региональных организаций. Основными международными организациями являются Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) и Всемирная торговая организация (ВТО). Важнейшей среди региональных организаций является Европейский союз. Эти организации выполняют очень важные функции. ВОИС и ВТО отвечают за составление и пересмотр основных международных договоров в области охраны интеллектуальной собственности. Они не только разрабатывают такие договоры, но и в определенных случаях принудительно осуществляют их исполнение. Европейский союз открыл региональное бюро по товарным знакам и в настоящее время занимается разработкой регионального законодательства о товарных знаках. Кроме того, вынашиваются планы создания Европейского патентного союза.

Б. Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)

Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) — это старейшая и наиболее крупная из всех международных организаций, занимающихся вопросами интеллектуальной собственности¹. История создания этой организации относится к концу XIX в., когда произошло слияние структур, образованных в свое время для исполнения Парижской конвенции по охране промышленной собственности и Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. В настоящее время ВОИС является специализированным органом Организации Объединенных Наций. ВОИС выполняет ряд функций в сфере интеллектуальной собственности. Наиболее важные из них связаны с исполнением действующих договоров по интеллектуальной собственности и организацией подготовки новых. ВОИС также занимается оказанием технического содействия странам, совершенствующим свое законодательство по интеллектуальной собственности, и помогает в разрешении спорных вопросов по данной проблематике.

Несмотря на определенные успехи в деятельности ВОИС, начиная с 80-х гг. страны, экспортирующие интеллектуальную собственность, стали все более критично высказываться в ее адрес. По их мнению, доходы от экспорта интеллектуальной собственности находятся под угрозой из-за двух аспектов деятельности ВОИС. Первый связан с тем, что большинство стран мира, а следовательно, и большинство членов ВОИС, является импортерами интеллектуальной собственности. Процессы подготовки международных договоров, в которых все члены ВОИС участвуют на равных, находятся под их явным влиянием. Второй аспект связан с тем, что успех ВОИС в осуществлении основной ее функции состоит в практическом обеспечении ратификации всеми странами—членами договоров по интеллектуальной собственности и включения их положений в национальное законодательство. Поэтому внимание должно быть обращено на наиболее важную из нерешенных проблем, а именно на проблему принудительного исполнения этих договоров. Многие из менее развитых стран ввели у себя современные модели законодательства об интеллектуальной собственности, но не имеют практики его эффективного применения. ВОИС же всегда сосредоточивала свое внимание на материальных аспектах права и не занималась вопросами правоприменения. Неудовлетворенность этим аспектом деятельности ВОИС особенно возросла к тому времени, когда велись переговоры о реформировании Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) в новую международную структуру — Всемирную торговую организацию (ВТО). Результатом явилось (речь об этом пойдет ниже) включение положений о принудительном исполнении договоров и о механизмах такого исполнения в соглашения, разработанные самой ВТО. Тем не менее ВОИС продолжает играть ведущую роль и в отношении действующих, и в разработке новых договоров по интеллектуальной собственности.

СССР стал членом ВОИС в 1968 г. После распада Советского Союза его членство в ВОИС было продолжено Российской Федерацией.

В. Всемирная торговая организация (ВТО)

Всемирная торговая организация (ВТО) была создана в 1995 г. в результате многосторонних переговоров о совершенствовании Генерального соглашения по тарифам и торговле. Это

¹ Текущую информацию по ВОИС см. страницу в Интернете: <http://www.wipo.org>

Соглашение сыграло значительную роль в развитии свободной торговли. Но его положениями не охватывались вопросы о продаже услуг и о приобретении интеллектуальной собственности. Плюс к этому в рамках ГАТТ не было создано эффективных институтов и механизмов принудительного исполнения его положений². Так называемый Уругвайский раунд международных переговоров, который длился с 1986 по 1994г., завершился принятием Заключительного акта, в который вошли ряд соглашений и, прежде всего, Соглашение о формировании ВТО. Еще одно соглашение, включенное в Заключительный акт, — Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights — TRIPs). Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности — ТРИПС — содержит положение, в соответствии с которым условиями членства в ВТО являются приверженность страны к основным международным договорам по интеллектуальной собственности, готовность обеспечить уровень ее охраны не меньший, чем это требуется по соответствующим договорам, и, что самое главное, применение эффективных механизмов принудительного исполнения договорных обязательств.

Положениями ГАТТ был создан весьма примитивный механизм разрешения споров. Всемирная торговая организация обладает куда более мощными возможностями в этой области. Жалоба о несоблюдении договорных положений проходит в ВТО формальную процедуру слушаний в Комиссии по урегулированию споров, включая апелляционные стадии. Эта процедура может закончиться либо отклонением жалобы, либо подтверждением факта нарушения. В случае установления нарушения проигравшей стороне дается разумный срок для его устранения. Если нарушение не устранено, ВТО может разрешить выигравшей дело стороне применить репрессалии (осуществить меры возмездия). Примером такой ситуации может послужить жалоба Соединенных Штатов Америки (позднее к ней присоединилось и Европейское Сообщество) против Индии. США считали, что Индия не выполняет своих обязательств согласно положениям Соглашения ТРИПС о постепенном введении патентной охраны фармацевтической и сельскохозяйственной химической продукции. Эта жалоба была рассмотрена Комиссией по урегулированию споров ВТО. Индия после этого исправила ситуацию, укрепив собственную систему патентной регистрации.

Российская Федерация пока еще не является членом ВТО, хотя и выразила намерение присоединиться к данной организации. Российское законодательство об интеллектуальной собственности в настоящее время в основном соответствует требованиям Соглашения ТРИПС и в этом плане едва ли могут возникнуть серьезные препятствия при приеме России в ВТО. Таким препятствием, однако, может стать реальное состояние дел с охраной прав на объекты интеллектуальной собственности в Российской Федерации.

Г. Европейский союз

В Европейский союз входят страны, в которых уже в течение длительного времени действуют сильные системы охраны интеллектуальной собственности. Страны — члены ЕС и руководящие органы ЕС в политике охраны интеллектуальной собственности ставят ряд задач: 1) усиление охраны интеллектуальной собственности; 2) предупреждение использования прав на интеллектуальную собственность в недобросовестной конкуренции; 3) гармонизация законодательства об интеллектуальной собственности; 4) снижение уровня дублирования усилий национальных патентных служб и структур, занимающихся товарными знаками. Для достижения этих целей в ЕС используется ряд механизмов: 1) издание обязательных директив; 2) участие в работе основных международных организаций и в подготовке договоров; 3) подготовка договоров присоединения для стран — членов ЕС (в некоторых случаях открытых и для других стран); 4) создание собственных институтов, в частности Европейского патентного бюро и Европейского бюро по товарным знакам. Конкретно деятельность ЕС и его институты будут описаны ниже при изложении правил о тех объектах интеллектуальной собственности, на которые они могут воздействовать.

В 1994 г. Российской Федерацией и Европейским союзом подписано Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, которое вступило в силу для России 1 декабря 1997 г. Указанное Соглашение носит комплексный характер, поскольку предусматривает развитие политического диалога, содействие торговле, инвестициям и гармоничным экономическим отношениям между сторонами. Особое внимание в Соглашении уделено обеспечению должного уровня охраны и реализации прав интеллектуальной собственности, чему посвящены ст. 54 Соглашения и Приложение 10. Подтвердив значимость обязательств, вытекающих из уже связывающих их многосторонних конвенций, стороны договорились о том, что к концу пятого года после вступления в силу настоящего Соглашения Россия присоединится к Бернской конвенции об охране

² По вопросам текущей информации см. страницу в Интернете: <http://www.wto.org>

литературных и художественных произведений (это произошло уже в 1995 г.), Международной конвенции по охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций и Международной конвенции по охране новых сортов растений (это произошло в 1997 г.). Кроме того, Россия обязалась продолжить совершенствование механизмов охраны интеллектуальной собственности с целью обеспечения к концу пятого года после вступления настоящего Соглашения в силу уровня охраны, аналогичного уровню, существующему в Европейском союзе, включая эффективные средства обеспечения соблюдения таких прав.

Д. Североамериканская ассоциация свободной торговли

Члены Североамериканской ассоциации свободной торговли: Канада, Мексика и Соединенные Штаты Америки — преуспели в деле унификации права интеллектуальной собственности в своих странах, несмотря на федеральный принцип государственного устройства. Но НАФТА (Североамериканское соглашение о свободе торговли) значительно слабее документов ЕС в вопросах охраны интеллектуальной собственности. В этом Соглашении не предусмотрены полномочия Ассоциации издавать свои директивы, а также создание централизованных патентного бюро и бюро по товарным знакам. В договоре о создании Ассоциации не предусмотрена разработка общих стандартов охраны интеллектуальной собственности, нет и положения об устранении дискриминационных требований в национальном законодательстве. Положительный момент заключается в том, что такие положения включены в Соглашение ТРИПС, и, стало быть, в настоящее время отсутствие их в НАФТА не имеет особого значения.

Е. Евразийская патентная организация

Евразийская патентная организация находится в Москве, использует ресурсы патентного ведомства бывшего СССР и пользуется поддержкой Патентного ведомства Российской Федерации. До распада СССР это ведомство для всех республик было центральным в патентной системе. Евразийская патентная конвенция, которая открыта для подписания всеми государствами, создана с целью использования оставшейся инфраструктуры в новых политических условиях. Деятельность этой организации будет обсуждена более подробно в разделе о патентном праве.

Заклучив *Евразийскую патентную конвенцию*, независимые государства—республики бывшего Советского Союза учредили новую межправительственную Евразийскую патентную организацию (ЕАПО) со штаб-квартирой в г. Москве. Органами данной Организации являются Административный совет и Евразийское патентное ведомство (ЕАПВ). Административный совет, в котором на равных началах представлены все государства—члены Организации, назначает Президента Евразийского патентного ведомства, утверждает бюджет Организации, а также Патентную, Финансовую и Административную инструкции, одобряет соглашения, заключенные Организацией с государствами и межгосударственными организациями, и решает другие вопросы, относящиеся к его компетенции. Все вопросы рассматриваются на очередных (один раз в календарный год) и внеочередных заседаниях Административного совета, в которых с правом совещательного голоса принимает участие и полномочный представитель ВОИС.

Все административные функции Организации, включая рассмотрение заявок и выдачу евразийских патентов, выполняет Евразийское патентное ведомство (г. Москва), которое возглавляется Президентом и в штате которого каждое государство-участник имеет свою квоту.

Евразийская патентная конвенция содержит ряд материально-правовых норм, которыми либо устанавливаются единые требования по ряду вопросов, либо допускается их самостоятельное решение в национальном патентном законодательстве стран — участниц Конвенции. Так, ст. 6 Конвенции указывает, что Евразийское патентное ведомство выдает евразийский патент на изобретение, которое является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо. В соответствии со ст. 10 объем правовой охраны, предоставляемой евразийским патентом, определяется формулой изобретения, а описания и чертежи могут служить только для целей толкования формулы. Согласно ст. 11 срок действия евразийского патента составляет 20 лет с даты подачи евразийской заявки. Эти и некоторые другие положения, решенные в Конвенции в единообразном виде, детализируются в Патентной инструкции, утверждаемой Административным советом. Что же касается таких вопросов, как право на подачу заявки на служебное изобретение (ст. 7), предоставление заявителю временной правовой охраны (ст. 9), ответственность за нарушение евразийского патента (ст. 13) и др., то они решаются в соответствии с национальным законодательством государств, участвующих в Конвенции.

IV. Коммерческая тайна

А. Введение

Коммерческая тайна — это один из старейших методов охраны интеллектуальной собственности. Несомненно, что мастерские древнего мира хранили в тайне секреты своего мастерства задолго до возникновения понятия интеллектуальной собственности. Их производственные секреты не имели письменной формы, а были знаниями и ноу-хау отдельных людей. Понятно, что такие секреты передавались из поколения в поколение, от отца к сыну, от мастера к рабу. Нет свидетельств того, что в те времена существовали какие-либо внешние формы охраны этих секретов, кроме общей власти, которую в древние времена имел отец над сыном, хозяин над рабом.

Ко времени промышленной революции в Европе природа производственных секретов изменилась. Сложные производственные процессы и система деловых отношений потребовали введения письменной документации и обусловили возможность для большого числа наемных работников свободно менять работодателя. Таким образом, возникли две основные угрозы секретам производства: 1) нелояльность работника по отношению к бывшему работодателю и 2) кража документации. Работодатели начали включать в трудовые контракты условия, требующие от работника сохранения секретов производства, составляющих коммерческую тайну. Законодатели и судебная власть ответили на проблему ужесточением преследования работника за нарушение условий контракта, как мерой защиты от его нелояльности и краж секретов. Этот процесс в конце XX века увенчался тем, что положения об охране коммерческой тайны как вида интеллектуальной собственности были включены в Соглашение ТРИПС.

Сохранение в тайне секретов производства как средство обеспечения фактического преимущества перед другими участниками оборота является самой древней формой охраны творческих результатов прикладного характера. Однако правовое регулирование отношений, связанных с указанными объектами промышленной собственности, появилось лишь в последнее столетие в рамках законодательства о борьбе с недобросовестной конкуренцией. В России, где на протяжении 70 лет господствовала планово-административная экономика, данный вид регулирования практически отсутствовал. Впервые право участников оборота на сохранение коммерческой тайны было провозглашено Законом СССР от 4 июня 1990 г. «О предприятиях в СССР». В ст. 33 указанного Закона раскрывалось понятие коммерческой тайны как не являющихся государственными секретами сведений, связанных с производством, технологической информацией, управлением, финансами и другой деятельностью предприятий, разглашение (передача, утечка) которых может нанести ущерб их интересам. Статья 2 Закона РСФСР от 24 декабря

1990 г. «О собственности в РСФСР» упоминала о секретах производства (ноу-хау, торговые секреты) как одним из признаваемых законом объектов интеллектуальной собственности. Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности», с вступлением в силу которого на территории РСФСР перестал применяться Закон СССР «О предприятиях в СССР», хотя и не содержал определения коммерческой тайны, но подтверждал право предприятия на данный объект интеллектуальной собственности. Чуть позже Законом РСФСР от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» получение, использование, разглашение научно-технической, производственной или торговой информации, в том числе коммерческой тайны, без согласия ее владельца было квалифицировано в качестве одной из форм недобросовестной конкуренции (ст. 10). Однако условия, при которых обладатель технической, организационной или коммерческой информации, составляющей секрет производства (ноу-хау), приобретал право на защиту от незаконного использования этой информации третьими лицами, были впервые закреплены ст. 151 Основ гражданского законодательства

1991 г. С принятием части первой Гражданского кодекса РФ в законодательстве появилось более развернутое определение служебной и коммерческой тайны (ст. 139).

В настоящее время российское законодательство об охране служебной и коммерческой тайны представляет собой совокупность статей, которые содержатся в различных правовых актах, посвященных в целом регулированию иных общественных отношений. Центральной из них является ст. 139 ГК, содержащая определение служебной и коммерческой тайны, раскрывающая условия признания ее самостоятельным объектом правовой охраны и указывающая на основные юридические средства защиты прав ее обладателя.

Не менее важное значение имеет в рассматриваемой сфере ряд статей Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», которые запрещают незаконное использование информации, составляющей коммерческую тайну, определяют функции и права государственных антимонопольных органов, содержат санкции, применяемые к нарушителям правил добросовестной конкуренции, и т.д. Федеральный закон от 20 февраля 1995 г. «Об информации, информатизации и защите информации» хотя и не содержит специальных правил, посвященных охране коммерческой тайны, но включает целый ряд норм, имеющих к ней непосредственное отношение. В частности, в нем раскрываются понятия информационных ресурсов, конфиденциальной информации, защиты информации и т.д. КЗоТ РФ допускает включение в трудовой договор условий неразглашения работником сведений, составляющих служебную или коммерческую тайну, ставших известными ему в связи с исполнением своих должностных обязанностей. Налоговый кодекс РФ, Законы РФ от 24 июня 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции», от 11 марта 1992 г. «О частной детективной и охранной деятельности в РФ», от 21 мая 1993 г. «О таможенном тарифе» и др. содержат специальные статьи, возлагающие на работников соответствующих органов и организаций обязанность по неразглашению сведений, ставших им известными в связи с выполнением служебных обязанностей и составляющих коммерческую тайну предприятий и организаций.

Из числа подзаконных актов, принятых в развитие указанных выше правил, следует выделить прежде всего постановление Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну», указывающее на те виды информации, которые не могут засекречиваться участниками оборота. Целый ряд иных подзаконных актов посвящен детализации обязанностей должностных лиц соответствующих органов по сохранению в тайне сведений, полученных при исполнении служебной деятельности.

Б. Моральные, экономические и политические основы охраны коммерческой тайны

Уяснение основ охраны секретов производства может оказать существенную помощь в деле применения положений законодательства о коммерческой тайне. Моральной основой здесь служит библейская заповедь: «Не укради». Экономическая основа — это поощрение нововведений. Политическая основа — это мощное лобби большого бизнеса, являющегося обладателем большинства промышленных секретов. И хотя вроде бы общепринято считать, что красть аморально, положение изменяется, когда речь заходит о воровстве идей. По закону тяжесть наказания за кражу чужого имущества традиционно определяется пропорционально ценности похищенного. Моральная сторона вопроса становится менее ясной в ситуации, когда работник переходит к другому работодателю, унося с собой и профессиональные навыки, и специфическую информацию не в материальной форме, а в голове. Законодательство о коммерческой тайне призвано стимулировать развитие в тех областях производства, где относительно слаба патентная защита. Достаточно трудно, например, ввести патентную охрану секретов производственного процесса, и поэтому конкуренты могут их тайно заимствовать и использовать. Однако относительно просто защитить производственные секреты как коммерческую тайну, и в таком случае конкуренты могут ими пользоваться только, если откроют такой же способ производства самостоятельно. Получение патента — процесс длительный и дорогостоящий. Поэтому компании не могут себе позволить патентовать любое рационализаторское предложение или нововведение. А коммерческая тайна может обеспечивать охрану секретов производства и, следовательно, стимулировать новаторские предложения, каждое из которых относительно мало, чтобы стать объектом патентования, но их совокупность становится уже весьма ценной. Многие виды таких предложений в принципе не патентоспособны, поскольку не несут в себе новизны изобретения. В качестве примера возьмем списки клиентов. Коммерческая тайна в этом случае может быть единственным способом охраны содержащейся в них информации.

Даже если бы не существовало "законодательства о коммерческой тайне, бизнес все равно засекречивал бы информацию. Однако отсутствие правовой охраны коммерческой тайны тормозило бы эффективность хозяйственной деятельности. Держатели коммерческой тайны пойдут на любые непроизводительные расходы, такие, как, скажем, физические охранные средства (заборы, запоры, шифрование и пр.), если не смогут полагаться на надежные правовые средства охраны от нарушения коммерческой тайны. Если правовые средства (например, договорные условия о соблюдении коммерческой тайны) будут недоступны для держателей коммерческой тайны, они не

смогут безопасно для себя заключать контракты, в том числе и трудовые, необходимые для эффективного решения поставленных задач. Неэффективность охраны коммерческой тайны имеет два следствия: 1) лоббирование интересов бизнеса по усилению охраны коммерческой тайны, 2) нежелание делать инвестиции в те страны, где слаба правовая охрана коммерческой тайны.

В. Структура международных договоров, предусматривающих охрану коммерческой тайны

Минимальные международные стандарты по защите коммерческой тайны установлены в некоторых конвенциях и в Соглашении ТРИПС. Так, в ст. 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности говорится:

«1. Страны Союза обязаны обеспечить гражданам стран, участвующих в Союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции.

2. Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах».

Сложно утверждать, что смыслом изложенного охватывается понятие коммерческой тайны. Тем не менее, в тексте Соглашения ТРИПС в ст. 39 говорится:

«1. В процессе обеспечения эффективной защиты от недобросовестной конкуренции, как это предусмотрено ст. 10 bis Парижской конвенции (1967), страны-участницы должны охранять закрытую информацию ... и данные, предоставляемые их правительствам ...»

Далее в статье детализируются правила охраны закрытой информации. Мы о них будем говорить в других разделах. В тексте же рассматриваемого документа термин «закрытая информация» использован для того, чтобы подчеркнуть, что защита должна идти значительно дальше узких концепций XIX в., например таких, как «секреты производства». Соглашение ТРИПС — это первое крупное многостороннее международное соглашение, обеспечивающее охрану коммерческой тайны.

Г. Понятие охраны коммерческой тайны

Положениями Соглашения ТРИПС определяется минимальный объем понятия охраны коммерческой тайны как защиты информации, которая на законных основаниях контролируется юридическим или физическим лицом и которая:

а) является секретной в том смысле, что она либо в целом, либо в конкретном сочетании или расположении ее компонентов не является известной или легко доступной лицам, принадлежащим к определенному кругу, обычно имеющему дело с подобными видами информации;

б) имеет коммерческую ценность ввиду ее секретности;

в) в конкретных обстоятельствах была подвергнута определенным разумным мерам охраны лицом, контролирующим эту информацию на законных основаниях, в целях сохранения ее секретности.

Данное определение включает три таких элемента, как: 1) секретность, 2) коммерческая ценность, 3) меры по сохранению секретности. Это весьма похоже на объемное определение, содержащееся в законодательстве США. В нем нашел свое отражение способ давления со стороны делегации Соединенных Штатов во время Уругвайского раунда переговоров по ГАТТ, где четко прослеживалось стремление поднять международный уровень охраны интеллектуальной собственности до уровня, существующего в США. В прошлом многие страны относились к вопросам защиты коммерческой тайны не иначе, как к вопросам охраны секретов производства или промышленной собственности. Чтобы удовлетворять требованиям Соглашения ТРИПС, странам—членам ВТО придется охватить правовой охраной все секреты, имеющие коммерческую ценность. Конечно, все страны свободны в том, чтобы расширить пределы охраны, установленные в Соглашении, сделав национальный уровень даже более высоким. Определением коммерческой тайны в национальном законодательстве, которое в будущем, весьма вероятно, станет похожим на определение в Соглашении ТРИПС, как правило, устанавливаются скорее общие принципы, нежели точные правила. Поэтому судам и ученым придется поискать ответы на некоторые вопросы. Например, на вопрос о том, каков объем требований к зачислению информации в разряд «секретной в том смысле, что она либо в целом, либо в конкретном сочетании или расположении ее компонентов, как правило, не является известной или доступной лицам, принадлежащим к определенному кругу, обычно имеющему дело с подобными видами информации»?» Нельзя не

признать, что две или даже несколько компаний независимо друг от друга могут разработать одинаковые секреты производства. Точно так же нельзя не признать, что владелец такого секрета может выдать лицензию на его использование третьим лицам — производителям в данной отрасли. Однако если каждая компания отрасли использует данный технологический процесс, то его нельзя не признать общеизвестным приемом производства. Информация является общедоступной, если, например, названия и адреса всех магазинов, торгующих определенным товаром, в конкретном городе можно найти в телефонном справочнике. Обывателю неизвестно, какие акции лучше продаются на бирже сегодня, но эта информация широко доступна брокерам, которые входят «в круг лиц, который имеет дело с данной информацией». Поэтому данная информация также не является коммерческой тайной.

Другой вопрос — каков объем понятия «коммерческая ценность»? Одни виды информации могут не представлять никакой ценности. Другие могут иметь ценность, но не коммерческого характера. Например, один из американских судов отказал в праве на охрану церковных таинств как коммерческой тайны. Суд исходил из того, что эти таинства могут иметь определенную духовную ценность для церкви, но коммерческой ценности они не представляют. Основная цель определения коммерческой ценности информации состоит в том, чтобы выйти за пределы ранее существовавшего положения, в котором упор делался на специфический характер видов секретности, таких, как секреты производства или закрытые списки клиентов.

Третий элемент — «разумные» меры по сохранению секретности — включен в рассматриваемое понятие в целях установления нижнего и верхнего пределов объема усилий, требующихся для сохранения секретности. Нижний предел, требующий, соответственно, минимальных усилий, имеет цель простого уведомления о том, что данная конкретная информация относится к разряду секретной. Меры этого уровня способствуют экономии ресурсов правоохранительной системы в защите информации, обладатель которой мало заботится о сохранении ее в тайне. Так, в США один из пивоваренных заводов организовывал туры для посетителей, во время которых их знакомили с процессом изготовления пива, а в конце тура устраивали дегустацию. Инженеры фирмы-конкурента включились в такой тур и скопировали производственный процесс. В ходе судебного разбирательства суд признал, что пострадавшая компания не приняла разумных мер для охраны своих секретов, что может означать отсутствие коммерческой тайны в ее производственных процессах. Верхний предел — это принятие максимально разумных мер. Такие меры собственника информации освобождают его от необходимости предпринимать экстремальные расходы для охраны своих секретов. Вор не может оправдывать себя тем, что на дверях кабинета с хранящейся в нем секретной информацией были слабые запоры.

Гражданский кодекс РФ определяет коммерческую тайну как *информацию, имеющую действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу ее неизвестности третьим лицам, к которой нет свободного доступа на законном основании и по отношению к которой обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности* (п. 1 ст. 139). Отвечая всем признакам, свойственным интеллектуальной собственности, и будучи одним из ее объектов, коммерческая тайна обладает рядом специфических особенностей.

Прежде всего следует отметить, что в ее основе лежит *фактическая монополия* определенного лица на некоторую совокупность знаний. Правовые средства, которыми располагает обладатель коммерческой тайны, хотя и предоставляют ему известные возможности для ограждения его интересов, являются менее эффективными, чем те, которые имеются в распоряжении владельцев иных объектов интеллектуальной собственности. Поэтому прежде всего от самого правообладателя, от полноты и результативности принимаемых им мер по сохранению его фактической монополии на знание зависит жизненность его права на коммерческую тайну.

Важной особенностью коммерческой тайны является, далее, ее наибольшая *универсальность* среди других объектов интеллектуальной собственности. Если под изобретениями, промышленными образцами, товарными знаками и иными объектами интеллектуальной собственности закон понимает вполне определенные результаты интеллектуальной деятельности, то под понятие коммерческой тайны могут быть подведены самые разнообразные сведения, связанные с производством, технологической информацией, управлением, финансами и другой деятельностью предпринимателя. При этом коммерческой тайной могут быть объявлены вполне потенциально патентоспособные решения, которые правообладатель по каким-либо причинам не желает обнародовать и патентовать в установленном порядке.

Вместе с тем возможности предпринимателей по отнесению сведений, связанных с их деятельностью, к коммерческой тайне не безграничны. Любое государство вправе осуществлять контроль за деятельностью предпринимателей, следить за своевременностью и полнотой уплаты налогов, оценивать воздействие их деятельности на окружающую среду и т.д. Поэтому повсеместно

законом, иными правовыми актами или судебной практикой определяются сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну. В РФ круг таких сведений установлен постановлением Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 35 «О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну», а также некоторыми другими актами. В частности, не могут составлять коммерческую тайну учредительные документы; документы, дающие право заниматься предпринимательской деятельностью; сведения по установленным формам отчетности о финансово-хозяйственной деятельности и иные сведения, необходимые для проверки правильности исчисления и уплаты налогов и других обязательных платежей; документы о платежеспособности; сведения о численности, составе работающих, их заработной плате и условиях труда и др.

Коммерческая тайна как объект интеллектуальной собственности *не требует официального признания ее охраноспособности*, государственной регистрации или выполнения каких-либо иных формальностей, а также уплаты государственных пошлин. Это также имеет значение в выборе данной формы охраны достигнутого результата интеллектуальной деятельности среди имеющихся возможностей.

Таковы основные особенности коммерческой тайны как объекта интеллектуальной собственности. Их анализом, однако, характеристика коммерческой тайны не ограничивается. Как и по отношению к другим объектам интеллектуальной собственности, применительно к коммерческой тайне закон устанавливает ряд *критериев охраноспособности*, которым она должна способствовать, чтобы пользоваться правовой охраной. Особенностью рассматриваемого объекта интеллектуальной собственности является то, что проверка охраноспособности коммерческой тайны осуществляется не в порядке специальной предварительной процедуры, а только тогда, когда право на коммерческую тайну нарушается или оспаривается и требуется установить, существует ли оно вообще.

Российское законодательство, как и законодательство большинства европейских стран, предъявляет к коммерческой тайне следующие три требования. Во-первых, информация должна иметь *действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу ее неизвестности третьим лицам*. В соответствии с данным критерием из числа сведений, составляющих коммерческую тайну, исключаются те, которые не представляют никакого интереса для окружающих, которые не могут быть использованы третьими лицами для достижения своих целей, которые никто не приобрел бы, если бы они были предложены к продаже. Кроме того, те сведения, которые обладают действительной или потенциальной ценностью, должны быть неизвестны третьим лицам. Под третьими лицами в данном случае понимаются те лица, для которых эти сведения представляют коммерческий интерес. Ими могут быть другие предприниматели, конкурирующие с обладателем коммерческой тайны, его контрагенты по хозяйственным обязательствам, потребители его продукции, работ и услуг и т. д. Известность сведений должностным лицам и иным работникам органов и организаций, которым эти сведения стали известны в связи с выполнением ими служебных обязанностей и на которых лежит обязанность по сохранению их в тайне, не препятствует признанию информации коммерческой тайной.

Во-вторых, к информации, составляющей коммерческую тайну, *не должно быть свободного доступа* на законном основании. Если соответствующая информация может быть получена законным образом любым заинтересованным лицом, например путем изучения открытых данных, анализа образцов выпускаемой продукции, знакомства с публикациями и т.п., она коммерческой тайной не признается.

В-третьих, чтобы информация считалась коммерческой тайной, требуется, чтобы обладатель информации принимал *меры к охране ее конфиденциальности*. Спектр этих мер весьма обширен. К ним могут быть отнесены разнообразные меры технического, организационного и юридического характера, которые направлены на то, чтобы оградить информацию от несанкционированного доступа третьих лиц. При этом, конечно, не требуется, чтобы обладатель информации принимал все мыслимые средства для ее охраны. Важно, чтобы из его конкретных действий явно следовало желание сохранить определенные сведения в тайне от окружающих. Следует подчеркнуть, что при значимости всех названных выше условий охраноспособности коммерческой тайны последнее из них является, пожалуй, решающим. Если, например, обладатель информации не позаботился о том, чтобы возложить на конкретных лиц, будь то наемные работники или контрагенты, обязанность по неразглашению известных им сведений, его шансы на защиту нарушенных интересов крайне невелики.

Помимо коммерческой тайны российское законодательство выделяет еще несколько видов сведений, которые должны сохраняться в тайне. Речь, в частности, идет о государственной, военной, медицинской, нотариальной, адвокатской, банковской тайнах, личной и семейной тайне, тайне усыновления, тайне следствия и т.д. Отношения, связанные с каждой из названных выше и некоторыми другими видами тайн, специально регламентируются соответствующим

законодательством, устанавливающим как право на сохранение определенных сведений в тайне, так и ответственность лиц, разгласивших их без санкции правообладателя. Коммерческая тайна отличается от всех этих видов тайн тем, что сведения, ее составляющие, относятся к коммерческой деятельности предпринимателя и имеют коммерческую же ценность.

Наряду с термином «коммерческая тайна» в законодательстве и на практике широко используются такие термины, как «секреты производства», «ноу-хау», «торговые секреты», «конфиденциальная информация» и т.п. Хотя каждый из названных терминов имеет присущий лишь ему оттенок и применяется обычно в достаточно определенной ситуации, все они обозначают, в сущности, одно и то же понятие, которое в новом ГК получило наименование «служебная и коммерческая тайна». Можно долго спорить о том, является ли это наименование наилучшим, но с закреплением его в законе необходимо считаться. Если обратиться к зарубежному законодательству, то в большинстве стран это понятие именуется «trade secrets» или «торговые секреты», что тоже, конечно, весьма приблизительно выражает суть обозначаемого им явления. Поэтому важно не то, какое название имеет информация, которая охраняется законом от несанкционированного доступа третьих лиц, а то, каким требованиям она должна соответствовать.

Д. Срок охраны коммерческой тайны

В соответствии с положениями Соглашения ТРИПС, при соблюдении прочих условий, срок действия права на коммерческую тайну не ограничен. Этот срок длится столько, сколько данная информация отвечает условиям, изложенным выше. Такое положение значительно более благоприятно по сравнению с патентной охраной, срок действия которой в большинстве стран истекает через 20 лет после даты подачи заявления или даже ранее, если патентообладатель перестает оплачивать пошлину за поддержание патента в силе. С другой стороны, в отношении коммерческой тайны существуют реальные риски, поскольку (об этом мы будем говорить ниже) эту тайну можно утратить в любое время либо ввиду неосторожности ее обладателя, либо в результате «настырности» других лиц.

Специфической чертой коммерческой тайны, выделяющей ее среди других объектов интеллектуальной собственности, является *неограниченность срока ее охраны*. Право на коммерческую тайну действует до тех пор, пока сохраняется фактическая монополия лица на информацию, которое ее образует, а также имеются предусмотренные законом условия ее охраны. Это обстоятельство делает избрание данной формы охраны привлекательным для предпринимателей в тех случаях, когда их не удовлетворяет принцип срочности патентной охраны.

Е. Незаконные способы получения коммерческой тайны конкурентами

Соглашение ТРИПС содержит некоторые указания на способы, которые считаются недозволенными для завладения информацией, составляющей коммерческую тайну. В их числе есть такое: «Юридические и физические лица, на законных основаниях контролирующие определенную информацию, могут предотвращать ее несанкционированное раскрытие, приобретение или использование третьими лицами, которые для этого действуют способами, противоречащими правилам честного ведения коммерческой практики...» При этом смысл выражения «способами, противоречащими правилам честного ведения коммерческой практики» раскрывается следующим образом: это «такие способы, как несоблюдение договорных условий, злоупотребление доверием или склонение к этому, включая приобретение закрытой информации третьими лицами, которые заведомо знали либо проявили неосторожность в отношении того, что именно такими способами была получена приобретенная ими информация».

Ясно, что в «способы, противоречащие правилам честного ведения коммерческой практики» входят и такие виды преступных действий, как проникновение в деловые помещения конкурента, прослушивание его телефонов и подкуп его сотрудников. Соглашение ТРИПС содержит и другие положения, в соответствии с которыми проясняются и расширяются практические возможности охраны коммерческой тайны, поскольку от стран—участниц ВТО требуется не просто законодательное запрещение явно криминальных способов действий, но и принятие мер против пограничных с преступными видов деятельности.

Хотя Гражданский кодекс РФ не указывает на то, какие методы получения информации являются незаконными, данный вопрос не представляет особой сложности. Во всем мире к числу таких методов относят промышленный шпионаж, подкуп служащих обладателя коммерческой тайны, проникновение в помещение, прослушивание средств связи, вскрытие корреспонденции и т.д. Большинство из названных и подобных им действий запрещены законодательством и образуют составы административных или уголовных правонарушений (см., например, ст. 183 УК РФ). В тех

случаях, когда специального запрета на использование некоторых мер в действующем законодательстве не содержится, следует исходить из смысла правил, запрещающих недобросовестную конкуренцию.

Ж. Правомерные способы получения коммерческой тайны " конкурентами

Следует отметить, что существует три очень важных способа получения коммерческой тайны, на которые не распространяются запретительные положения Соглашения ТРИПС: 1) независимое открытие, 2) обратный технический анализ, 3) добросовестное приобретение. Все три способа считаются «честными видами коммерческой практики».

1. Независимое открытие

Ни в одной стране мира коммерческая тайна не имеет охраны от независимых открытий. Введение подобной охраны подорвало бы основы патентной системы, которая обеспечивает защиту прав патентообладателя от независимого открытия в обмен на обнародование им закрытой информации и передачу ее в общественное пользование по истечении срока патентной охраны. Владелец незапатентованного производственного секрета рискует его утратить в любой момент. Конкурент, который делает независимое изобретение, может его засекретить как коммерческую тайну, и в этом случае возникают два владельца одного и того же секрета. Альтернативой этому положению выступает возможность получения так называемого заградительного патента, как способа защиты собственной информации. В некоторых странах получение заградительного патента в подобной ситуации используется для того, чтобы воспрепятствовать использованию изобретения первым из двух субъектов. Конкурент, защитивший себя таким образом, может, если захочет, обнародовать свои секреты, но при этом он полностью утрачивает право на коммерческую тайну. Коммерческая тайна может быть утрачена также в совершенно законной ситуации, когда независимый ученый-исследователь приходит к таким же результатам и публикует информацию о них в научной печати.

Точно так же данный вопрос решается законодательством России. Еще раз подчеркнем, что в соответствии с действующим российским законодательством нарушением права на коммерческую тайну считается не всякое получение третьим лицом неизвестной ему ранее и ценной для него в коммерческом отношении информации, а только завладение этой информацией с помощью незаконных методов. В этой связи на обладателе информации лежит обязанность доказать не только, что эта информация отвечала всем установленным законом критериям охраноспособности, но и что конкретное лицо получило доступ к ней, используя незаконные способы, которые либо прямо запрещены законом (проникновение в жилище, вскрытие корреспонденции и т.д.), либо противоречат общим принципам добросовестности конкуренции (подкуп служащих, не являющихся должностными лицами, приобретение информации у контрагента обладателя права на коммерческую тайну, на котором лежала обязанность по сохранению ее конфиденциальности, и т.д.). Если доказать это обстоятельство правообладатель не сможет, его право защите не подлежит.

2. Обратный технический анализ

Обратный технический анализ, или «обратная инженерия» — это процесс исследования имеющегося в широкой продаже продукта с целью обнаружения секретов его работы и/или того, как он сделан. В международном праве интеллектуальной собственности не существует защиты против такой «обратной инженерии». До недавнего времени также не существовало защиты от нее и в законодательстве о коммерческой тайне ведущих стран мира. Когда продукт выпущен в продажу, конкуренты могут его приобрести и поставить задачу своим инженерам изучить его, чтобы понять, как он сделан. Компания, которая преуспевает в этом, свободна в использовании результатов «обратной инженерии» в конкурентной борьбе с обладателем оригинального секрета производства. Эта компания может в своем производстве использовать полученный через «обратную инженерию» секрет, но она не может его запатентовать, поскольку никто из ее работников не является автором изобретения. Несмотря на риск «обратной инженерии» охрана секретов производства товаров для потребительского рынка в течение длительного времени считалась невозможной.

Для того чтобы изменить положение, сложившееся с упрочившимся режимом использования «обратной инженерии», производители компьютерных программных продуктов массового распространения в настоящее время развернули борьбу с этим явлением, отстаивая введение правовых мер защиты сразу по трем направлениям: они хотят обеспечить договорное использование своей продукции, соблюдение авторских прав и исполнение условий международных договоров. Направление, связанное с договорным использованием программных продуктов, исходит из того, что право на это использование лицензируется, но не продается. На заре развития компьютерной

индустрии использование компьютеров было так ограничено, что продавцы программных продуктов могли ввести переговоры о лицензионных соглашениях практически с каждым пользователем. Компании включали в такие соглашения положения, по которым пользователи принимали на себя обязательство не заниматься «обратной инженерией». В соответствии с общими принципами договорного права эти положения вполне надежно обеспечивали соблюдение договорных обязательств. Однако по мере расширения рынка продаж компьютерной продукции сотням миллионов персональных пользователей стало невозможно заключать адекватное количество лицензионных соглашений. Вместо этого производители стали печатать выдержки из их текстов на упаковке каждого продаваемого продукта. В связи с чем эти тексты получили название «оберточных договоров». В «оберточных договорах» так же, как и в подписывавшихся раньше индивидуальных лицензионных соглашениях, содержатся положения, запрещающие «обратную инженерию». Но в связи с тем, что в соответствии с принципами договорного права для соблюдения положений договора требуется согласие заключающих его сторон, наступление правовых последствий по «оберточным договорам» более чем сомнительно. Компьютерные компании сейчас ведут борьбу за пересмотр отдельных принципов договорного права с тем, чтобы сделать «оберточные договоры» юридически значимыми. В частности, в США они выступают за введение новых положений в законодательство о торговле, признающих такие договоры. Не вызывает сомнений и то, что борьба компаний будет шириться и в международном масштабе.

Производители программного обеспечения примерно таким же образом вставляют аналогичные тексты в свои программы, которые высвечиваются на экране всякий раз при запуске компьютера. Эти стандартные тексты* повторяют положения лицензионных договоров, запрещающие «обратную инженерию» и разрешающие установку программ, только если пользователь согласен с этим запретом. Запуск программы — это выражение пользователем своего согласия, что удовлетворяет требованию договорного права о согласии сторон, однако данная процедура по своей сути расширяется до требования о том, чтобы покупатель, который уже заплатил за продукт, так же согласился отказаться от важного права получить то, за что он заплатил. Поэтому во многих странах вторая половина текста указанного правила может не получить признания, поскольку представляет собой нарушение продавцом добросовестного намерения соблюдать договор купли-продажи. Именно в отношении этого момента — добросовестности намерений сторон при заключении договора купли-продажи — и ведут борьбу производители программного обеспечения, пытаясь отыскать законный способ как-то обойти это положение.

В распространении своей продукции эти компании во все большей степени обращаются к возможностям Интернет, как способу заключать лицензионные соглашения, запрещающие «обратную инженерию».

Интернет делает технически возможным выведение лицензионных требований на мониторе у получателя программного продукта и получение от него согласия на выраженные условия до того, как начнется передача ему программы. Переговоры с миллионами пользователей через Интернет не представляют никакой проблемы и не являются затративши, поскольку для компании их ведет компьютер. Законность такой сделки по меркам традиционных способов заключения договоров купли-продажи также не представляет проблемы, поскольку очевидно, что согласие на получение программного продукта дается в момент уведомления о запрете. И тем не менее, чтобы еще более обезопасить себя, производители программных продуктов настаивают на законодательной поддержке этого способа распространения своих требований.

Другой подход в борьбе за запрещение «обратной инженерии» программного обеспечения связан с авторскими правами. Процессы «обратной инженерии» в отношении программного продукта, как правило, требуют адаптации и копирования оригинальной, защищенной авторским правом программы. Пишутся такие программы компьютерным языком, понятным специалистам. Специальные алгоритмы, называемые «ассемблеры» и «комплэйеры» (условно «алгоритм сборки» и «алгоритм приспособления»), осуществляют перевод программного продукта на компьютерный язык. Первый шаг в «обратной инженерии» состоит в том, чтобы использовать «алгоритм разборки» и «алгоритм «расприспособления» в обратном процессе и произвести вариант перевода программного продукта теперь уже с компьютерного на обычный для пользователя язык. Как видно, этот процесс состоит из копирования и адаптации (либо перевода) оригинального продукта. По закону только обладатель авторского права имеет исключительное право на копирование и адаптацию своих произведений. Однако в законодательстве по авторскому праву во многих странах делаются исключения из этого правила. Там, где делаются исключения для обратных процессов при взломе программ, утверждают следующее: 1) авторским правом охраняется существующее объективное выражение творческих идей и мыслей, а не сами по себе идеи и мысли, 2) следовательно, законные владельцы материалов, защищенных авторским правом, могут использовать содержащиеся в них системы идей и мыслей и 3) следовательно, разборка и

декомпиляция, осуществляемые для того, чтобы вычленили идеи, должны быть разрешены. Даже Европейский союз сделал ряд шагов в защиту права «обратной инженерии», но только в ограниченных случаях. Согласно Директиве ЕС «разрешается использовать авторские компьютерные программы для получения информации, необходимой в достижении взаимодействия вновь созданной компьютерной программы с другими, уже существующими». В США некоторыми судами недавно были вынесены решения, разрешающие взломы авторских программ в ограниченных целях «обратной инженерии».

В соответствии с российским законодательством пользователь программы для ЭВМ или базы данных может осуществлять их *адаптацию*, т. е. вносить в них изменения, осуществляемые исключительно в целях обеспечения функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя. Указанные изменения должны быть обусловлены исключительно техническими причинами. Если программа для ЭВМ или база данных может нормально использоваться на технических средствах пользователя и взаимодействовать с его программами, то вносить в них какие-либо изменения не разрешается. Право на переработку (модификацию) программы для ЭВМ или базы данных сохраняется за автором.

Далее, закон допускает изготовление копии программы для ЭВМ или базы данных при условии, что эта копия предназначена для архивных целей и для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда оригинал программы для ЭВМ или базы данных утерян, уничтожен или стал непригоден для использования. При этом копия программы или базы данных не может быть использована для иных целей и должна быть уничтожена в случае, если дальнейшее использование этих программных средств перестает быть правомерным.

Наконец, к числу разрешенных действий владельца программы для ЭВМ закон относит возможность *декомпилировать* охраняемую законом программу как самостоятельно, так и с помощью других лиц. Декомпилирование представляет собой технический прием, включающий преобразование объектного кода в исходный текст в целях изучения структуры и кодирования программы для ЭВМ. Его использование считается допустимым тогда, когда это необходимо для достижения способности к взаимодействию самостоятельно разработанной пользователем программы с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилированной программой. При этом закон устанавливает три обязательных условия для осуществления декомпилирования:

- 1) информация, необходимая для достижения способности к взаимодействию, ранее не была доступна этому лицу из других источников;
- 2) указанные действия осуществляются в отношении только тех частей декомпилируемой программы для ЭВМ, которые необходимы для достижения способности к взаимодействию;
- 3) информация, полученная в результате декомпилирования, может использоваться лишь для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, не может передаваться иным лицам, за исключением случаев, если это необходимо для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, а также не может использоваться для разработки программы для ЭВМ, по своему виду существенно схожей с декомпилируемой программой для ЭВМ, или для осуществления любого другого действия, нарушающего авторское право (п. 2 ст. 25 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

3. Добросовестное приобретение

Допустим, что некто приобретает коммерческую тайну у лица, которое получило ее незаконно. Соответствующие положения Соглашения ТРИПС гласят:

«Юридические и физические лица, на законных основаниях контролирующая определенную информацию, могут предотвращать ее несанкционированное раскрытие, приобретение или использование третьими лицами, которые для этого действуют способами, противоречащими правилам честного ведения коммерческой практики».

Как уже указывалось выше, в этом положении понятие «способы, противоречащие правилам честного ведения коммерческой практики» раскрыто следующим образом: это «такие способы, как несоблюдение договорных условий, злоупотребление доверием или склонение к этому, включая приобретение закрытой информации третьими лицами, которые заведомо знали либо проявили неосторожность в отношении того, что именно такими способами была получена приобретенная ими информация».

Формулировка данного положения представляется слабой в части, предшествующей выражению «именно такими способами», поскольку неясно, что имеется в виду: 1) приобретение

информации третьими лицами без согласия собственника «способами, противоречащими правилам честного ведения коммерческой практики» или 2) «несоблюдение договорных условий, злоупотребление доверием или склонение к этому»? Представляется, что расширенное толкование здесь более приемлемо. Понятно, что третье лицо, которое заведомо знало либо должно было знать, что информация получена с применением несанкционированного доступа, не может ее использовать. Но предположим, что третье лицо либо не знало, либо было неосторожным в приобретении нечестно полученной информации. Положения Соглашения ТРИПС не требуют применения каких-либо мер в таком случае. Однако на практике законодательное регулирование варьируется от страны к стране. В одних странах добросовестный приобретатель может использовать закрытую информацию, только если им в связи с ее приобретением произведены значительные вложения, например, построена фабрика для использования в производстве соответствующих секретов. В других странах разрешается свободное использование добросовестно приобретенной информации, в третьих — следует платить определенные отчисления реальному обладателю коммерческой тайны.

Вне зависимости от того, на ком в гражданском процессе по делам о коммерческой тайне лежит бремя доказывания (на истце или ответчике), пользователю коммерческой информацией нужно быть готовым доказать добросовестность ее приобретения. Это означает, что, приобретая такую информацию, следует иметь полную документацию, свидетельствующую о том, что она приобреталась на законных основаниях. Информация может быть приобретена на стороне или же разработана собственным сотрудником. В случае приобретения закрытой информации у внешнего источника фирма должна убедиться, что к этому источнику она попала законным путем. Если данная информация является внутренней разработкой, сделанной работниками компании, она должна быть соответствующим образом зафиксирована как новаторская разработка, например в традиционном журнале лабораторных работ (при соблюдении правила, что записи делаются чернилами, не допускаются подчистки и исправления, а новые записи фиксируются датами). Более современным методом являются компьютерные записи с помощью программ, автоматически фиксирующих все вышесказанное. И, наконец, можно напомнить о целесообразности видеозаписи основных экспериментов и соответствующих комментариев исследователей.

По российскому законодательству добросовестность третьего лица, которое приобрело сведения, составляющие коммерческую тайну, у лица, не имевшего права на их передачу, исключает применение к такому лицу каких-либо санкций. Следует полагать, что добросовестным приобретателем сведений признается тогда, когда он не знал и не должен был знать о том, что лицо, от которого получены эти сведения, не имело права на их распространение. Указанный вопрос решается с учетом конкретных обстоятельств каждого случая, в том числе в зависимости от характера самих сведений, условий их приобретения и т.п. По-видимому, для признания приобретателя недобросовестным недостаточно проявления им простой неосторожности, а требуется умысел или, по крайней мере, грубая неосторожность. Кроме того, приобретателя сведений защищает общегражданская презумпция добросовестности участников гражданского оборота (п. 3 ст. 10 ГК РФ). Поэтому если недобросовестность приобретателя сведений, составляющих коммерческую тайну, не доказана в установленном законом порядке, он вправе свободно использовать эти сведения в своей хозяйственной деятельности и не будет нести никаких обязательств перед обладателем права на коммерческую тайну.

3. Вопросы взаимоотношений «работодатель—работник» в области охраны коммерческой тайны

1. Права работодателя при отсутствии трудового контракта с работником

В случае когда взаимоотношения между работодателем и работником не оформлены трудовым контрактом, в котором особо оговариваются обязанности последнего по сохранению коммерческой тайны, права работодателя приобретают нечеткий характер. По законодательству ряда стран работодатель в такой ситуации имеет возможность доказывать существование подразумеваемой обязанности работника сохранять коммерческую тайну, что вытекает из самой природы трудовых отношений, порождающей обязанность по соблюдению лояльности и сохранению конфиденциальности. Но даже в этих странах права работодателя ограничены и неопределенны. Ограничения, в частности, связаны с тем, что в соответствии с законодательством, регулирующим вопросы охраны коммерческой тайны, ничто не мешает бывшему работнику немедленно начать работать на конкурента. Неопределенность прав работодателя особенно проявляется в вопросе о пределах действия законодательства об охране коммерческой тайны. Например, нет ответа на вопрос, может или нет бывший работник на новом месте привлекать

старых клиентов из числа тех, кого он знал по старому месту работы.

Российское гражданское и трудовое право не содержат положений, закрепляющих или по крайней мере позволяющих вывести общую обязанность работников по сохранению в секрете сведений, составляющих коммерческую тайну их работодателей, если только такая обязанность прямо не принята на себя работниками при их приеме на работу или в последующем. В этой связи отсутствие в контракте с работником особой оговорки о сохранении коммерческой тайны, равно как и иным образом оформленного обязательства работника о соблюдении конфиденциальности, по российскому законодательству исключает как применение к работникам, распространившим такие сведения, каких-либо санкций, так и предъявление претензий к третьим лицам, получившим от работников подобные сведения.

2. Возможности и пределы охраны коммерческой тайны в рамках отношений «работодатель—работник» по трудовому контракту

Наличие заключенного трудового контракта между работодателем и работником открывает возможность более широкого и четкого его использования для охраны коммерческой тайны по сравнению со специальным законодательством, применяемым в этой области. В ряде стран, например в США, большинство компаний, владеющих важными секретами, требует от своих работников в момент поступления на работу подписывать не просто трудовой контракт, но и приложения к нему, специально регулирующие обязательства о неразглашении коммерческой тайны. Как правило, в такие контракты включается очень широкое ее определение и формулируется совершенно четкое обязательство работника не раскрывать ставшие известными ему сведения как во время работы в компании, так и в течение определенного периода после ухода из нее. Это называется договором о неразглашении. Кроме того, в контракт могут включаться условия, на определенный период времени запрещающие работнику после его ухода наниматься к конкуренту, это так называемое Соглашение об ограничении конкурирующей деятельности.

Существует реальная опасность того, что такое расширение условий контрактов может вступить в противоречие с трудовым законодательством, имеющим целью охрану прав трудящихся. Так, именно в соответствии с трудовым законодательством положения контракта, ограничивающие возможности работника в использовании им трудовых навыков и приемов, приобретенных по прежнему месту работы, включая и те, что достигнуты за счет его рационализаторских предложений, могут быть признаны незаконными. Ввиду этой возможности частичного признания незаконности контракта общим правилом стало включение в него оговорки, согласно которой действие контракта остается в силе во всем остальном, что не касается оспоренных положений. В некоторых странах действуют законодательные положения, по которым бывший работник имеет право требовать справедливой материальной компенсации за свои рационализаторские нововведения. Как правило, если работником делается какое-то патентоспособное решение, то он получает право на материальное вознаграждение, даже в том случае, когда работодатель решает его не патентовать, а хранить как коммерческую тайну. Условия трудовых контрактов, игнорирующие эти положения законодательства, не имеют юридической силы, но при этом работодатель может защитить себя от судебных исков, включив в контракт пункты, определяющие методику выплаты работнику компенсации и способы внесудебного разрешения спорных вопросов.

В Российской Федерации практика включения в трудовые договоры специальной оговорки о неразглашении (конфиденциальности) начала складываться в конце 80-х годов, т.е. еще до того, как в законе было закреплено само понятие коммерческой тайны и внесены соответствующие изменения в трудовое законодательство. Последнее произошло лишь в 1998 г. в результате принятия Закона РФ от 6 мая 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в ст. 15 КЗоТ РФ», который допустил включение в трудовой договор условий о неразглашении работником сведений, составляющих коммерческую тайну, ставших известными ему в связи с исполнением своих должностных обязанностей.

Сразу оговоримся, что прямое включение в контракт оговорки о конфиденциальности — лучшая, но отнюдь не единственная возможная форма решения данной проблемы. Лучшей указанная форма является потому, что она наиболее проста и надежна, так как прямо опирается на ст. 15 КЗоТ РФ, а значит снимает любые сомнения в своей легитимности. Однако, в принципе, обязанность по неразглашению сведений, составляющих коммерческую тайну, может быть возложена на работника и иным путем, в частности посредством оформления особого письменного обязательства работника,

путем дачи им подписки о неразглашении и т.п., причем сделано это может быть не только при приеме на работу, но и в последующем, в том числе при увольнении. Во избежание излишних споров целесообразно увязывать подобные соглашения с трудовым договором либо прямо указывать на то, что они становятся составной частью последнего.

Самый сложный вопрос, который возникает в отношении оценки юридической силы оговорок о конфиденциальности, состоит в том, насколько далеко могут заходить те ограничения, которые налагаются на работников. Например, как долго после своего увольнения работник должен сохранять в тайне сведения, составляющие коммерческую тайну его бывшего работодателя? Может ли работник вступить в трудовые отношения с конкурентом бывшего работодателя или организовать собственное дело, используя тот багаж опыта и знаний, который накоплен за предыдущий период работы? Прямых ответов на эти и подобные им вопросы в российском законодательстве, как, впрочем, и в законодательстве большинства других государств, не содержится.

Как представляется, ответить однозначно на большинство из них вряд ли возможно, так как очень многое зависит от обстоятельств конкретного случая. Общий же подход к решению данной проблемы должен состоять в поиске оптимального баланса интересов работодателя и работника (в том числе бывшего), которые в равной степени заслуживают защиты. По всей видимости, ограничения, добровольно принятые на себя работником (но не навязанные ему работодателем), могут идти сколь угодно далеко, но при этом не вести к ограничению его право- и дееспособности. Как известно, полный или частичный отказ от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение право-и дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом (п. 3 ст. 22 ГК).

Следует особо подчеркнуть, что наличие в трудовом договоре (контракте) одной лишь оговорки о сохранении конфиденциальности или иным образом оформленного обязательства работника еще недостаточно для того, чтобы коммерчески ценная для фирмы информация была юридически защищена от неразглашения. Помимо этого должен быть четко определен круг сведений, составляющих коммерческую тайну. Поэтому если на предприятии данный вопрос не решен, например, отсутствуют положение о коммерческой тайне или иные подобные ему документы, вряд ли можно предъявить к работнику обоснованную претензию по поводу разглашения им конфиденциальных сведений.

Что касается вопроса о выплате работнику особой компенсации за созданные им в порядке выполнения служебных обязанностей технические новшества, в отношении которых работодатель принял решение о сохранении их в тайне, то по российскому законодательству он решается в пользу работника. Согласно п. 2 ст. 8 Патентного закона РФ создатель такой служебной разработки имеет право на вознаграждение, соразмерное выгоде, которая получена работодателем или может быть им получена при надлежащем использовании объекта промышленной собственности. Размер и порядок выплаты вознаграждения определяются соглашением автора служебной разработки и работодателя. Такое соглашение может быть достигнуто как заранее, например при приеме автора на работу или по крайней мере до завершения работы над предложением, так и в последующем, например, когда автор сообщает работодателю о созданной им разработке или уже тогда, когда она начинает использоваться в режиме коммерческой тайны и приносить прибыль. Если достичь соглашения не удастся, вопрос может быть передан на рассмотрение суда.

II. Охрана коммерческой тайны от третьих лиц

1. Контракты

Заклучения с работниками контрактов, обязывающих их хранить коммерческую тайну, само по себе недостаточно. Подробная система мер по ее охране должна также включать в себя определенные обязанности, соблюдение которых требуется от посетителей, консультантов, контрагентов, клиентов и т.д. Подписание ими специальных договоров не связано с теми ограничениями, которые возникают в отношениях работодателя — правообладателя коммерческой тайны с работниками на основании законодательства о труде. Как правило, компания-правообладатель требует от посетителей и консультантов подписать договор, обязывающий их соблюдать конфиденциальность в отношении любой информации, имеющей коммерческую ценность, которая может стать им известной в свете их отношений с компанией. Договоры о неразглашении, которые подписываются с контрагентами, обычно включают в себя обязательство по сохранению коммерческой тайны как ими самими, так и их работниками и субагентами. Очевидно, что сфера действия законодательства о труде распространяется и на эти договорные отношения.

Вопрос об охране коммерческой тайны в гражданско-правовых договорных отношениях не менее актуален, чем в трудовых отношениях, особенно тогда, когда дело касается различных технических новшеств, результатов научных исследований и различного рода проектов. Применительно к отдельным гражданско-правовым договорам данный вопрос в основном решен самим законодателем. Так, в соответствии со ст. 762, 766, 771, 1032 ГК обязанности по обеспечению конфиденциальности сведений, касающихся предметов таких договоров, как договор подряда на выполнение проектных и изыскательских работ, договор на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ и договор коммерческой концессии (франчайзинга), прямо возложены на одну или на обе стороны этих договоров. Но и в этих случаях целесообразно дополнительно и достаточно определенно оговаривать в договоре объем сведений, признаваемых конфиденциальными, а также предусматривать особые санкции, например штраф, применяемые за нарушение данной обязанности.

Поскольку правила о большинстве гражданско-правовых договоров подобной обязанности не содержат, о ней может идти речь лишь тогда, когда условие о сохранении конфиденциальности прямо включено в договор. В договорной практике последних лет это обычно и делается, хотя нередко чисто автоматически, а подчас и без какой-либо к тому необходимости.

Иногда, однако, вопросы сохранения конфиденциальности возникают еще на этапе проведения переговоров о заключении договора. Например, при заключении лицензионных договоров или договоров франчайзинга потенциальным лицензиатам или пользователям демонстрируются те технические новшества и связанные с ними секреты производства, которые составляют объект предоставляемых по этим договорам прав. Переговоры могут и не завершиться заключением соответствующих договоров, а сведения, составляющие коммерческую тайну, становятся известными лицам, которые могут воспользоваться ими в своих интересах. Чтобы этого не произошло, необходимо подписание особого соглашения о сохранении в секрете всех сведений, к которым потенциальный контрагент получает доступ в ходе переговоров. Игнорирование данной рекомендации уже не раз оборачивалось для российских предпринимателей неблагоприятными последствиями

Следует подчеркнуть, что при надлежащем оформлении обязанности договорного контрагента (потенциального контрагента) по сохранению конфиденциальности последний будет нести ответственность перед правообладателем за любые действия своих конкретных работников, разгласивших конфиденциальные сведения, которые стали им известны в связи с исполнением служебных обязанностей. В соответствии с господствующей доктриной, подкрепленной действующим российским законодательством, поведение работников, связанное с их должностными обязанностями (пусть даже последние при этом нарушены), рассматривается как поведение самого юридического лица. Приняв на себя обязанность по сохранению конфиденциальности, юридическое лицо должно самостоятельно позаботиться как о надлежащем оформлении соответствующих отношений со своими работниками, так и о создании реальных условий для выполнения этих обязанностей (подбор работников, упорядочение документооборота и т.п.). Поэтому независимо от квалификации действий самих работников за поведение последних должен отвечать их работодатель.

2. Технические средства

Применение технических средств охраны (таких, как ограждения, запоры, сигнализации и пр.) важно в качестве меры против краж коммерческой тайны по двум причинам. Наиболее очевидная состоит в том, что надежные технические средства безопасности сокращают возможности краж материальных носителей информации. Другая причина состоит в том, что законодательство об охране коммерческой тайны возлагает на правообладателя всю заботу о ее сохранении. Поэтому к защите закона придется прибегать, только когда меры охраны нарушены.

3. Шифрование

Шифрование относится к числу наилучших мер хранения секретной информации. С помощью современных методов шифрования можно создавать практически не разгадываемые коды. Все большее количество секретной информации хранится в компьютерах. Компьютерные программы могут использоваться как для шифрования, так и для дешифровки данных без каких-

либо серьезных затрат. Шифрование данных особенно важно при их передаче из одного места в другое, поскольку уязвимость для вторжения особенно высока именно в процессе передачи информации. Кроме того, достоинством шифрования, несомненно, является и то, что оно отвечает требованию закона о принятии правообладателем «разумных мер для обеспечения секретности» как необходимого условия правовой охраны коммерческой тайны.

В настоящее время возникло некоторое противоречие между стремлением правительств иметь доступ к информации о возможных преступниках, в особенности в делах о международном терроризме, и стремлением бизнеса обеспечить высокий уровень охраны для своей действительно секретной информации. Правительство может либо запретить использование высокоэффективных методов шифрования, либо потребовать передачи компетентным органам шифровальных ключей (своего рода «депонирования ключа») с тем, чтобы иметь доступ к шифру в случае необходимости. Различия в правилах и ограничениях по шифрованию компьютерной информации могут создать определенные трудности в деловых международных контактах бизнесменов в плане обеспечения конфиденциальности их общения.

4. Компьютерная безопасность

В связи с тем, что информация во все большей степени обрабатывается на компьютерах, компьютерная безопасность стала важной составной частью охраны коммерческой тайны. Хорошие меры компьютерной безопасности предупреждают несанкционированный доступ к коммерческой информации со стороны как третьих лиц, так и неуполномоченных на то работников внутри компании. Еще более сложным и трудным является вопрос о компьютерной информации при работе в Интернете. Сам по себе Интернет — это важное средство получения деловой информации, но он может также стать каналом незаконной утечки информации.

К. Коммерческая тайна и отношения с государством

Правительственные учреждения имеют законные основания требовать от предприятий частного бизнеса предоставления им информации о характере деятельности и о выпускаемой продукции. Такие виды продукции, как фармацевтические препараты, сельскохозяйственные химические препараты, компоненты для авиации и др., связанные с вопросами безопасности, неизбежно должны пройти государственную сертификацию. Налоговая служба может потребовать предоставления списков клиентов для сверки платежных проводок. Очевидно, что бизнес, имеющий собственную информацию, нуждается в ее правовой охране от распространения и особенно от попадания к конкурентам. С другой стороны, если существует угроза общественной безопасности или здоровью (например, при выпуске дефектных авиационных компонентов), правительство обязано немедленно сделать это обстоятельство достоянием гласности. В Соглашении ТРИПС содержится положение, служащее достижению компромисса между этими двумя позициями. В нем установлены минимальные требования по охране секретной информации от действий правительственных учреждений. В ст. 39 (3) говорится:

«Страны—члены ВТО в тех случаях, когда от них требуется предоставление закрытых данных или результатов тестирования, как условия выхода на рынок фармацевтической или сельскохозяйственной химической продукции, в состав которой входят новые химические компоненты, могут принять меры к охране таких данных от их недобросовестного коммерческого использования. Эти страны могут требовать сделать эти данные «освобожденными» от раскрытия (за исключением тех случаев, когда речь идет о защите населения), тем самым приняв меры, обеспечивающие охрану этих данных от недобросовестного коммерческого использования».

Понятно, что эти минимальные требования весьма и весьма ограничены. Правительственные органы могут требовать предоставления им самой разнообразной информации, выходящей далеко за пределы области фармацевтической или сельскохозяйственной продукции. В наиболее развитых странах существуют законы о свободе информации, которые позволяют любому лицу требовать доступа к информации, находящейся в распоряжении правительства. Поскольку защита, которую предоставляет Соглашение ТРИПС, совершенно недостаточна, отрасли бизнеса серьезно зависящие от сохранения коммерческих тайн, должны принимать меры к тому, чтобы препятствовать возможности даже косвенного получения секретной информации из правительственных источников. Можно ожидать, что такой бизнес будет лоббировать принятие законодательства, сокращающего возможности государственных учреждений требовать предоставления секретной информации, и ограничивающего полномочия государственных служащих по ее раскрытию. В плане противодействия незаконным требованиям о предоставлении закрытой информации могут быть использованы административные и гражданские судебные процедуры. В особых случаях

предприниматели могут прибегнуть к переводу своего бизнеса в другую страну. Так, например, компания «Кока-Кола» не разрешает своим бизнесменам работать в странах, где подобного типа информация может быть затребована и обнародована государственным учреждением.

В России вопрос об охране коммерческой тайны в отношениях правообладателей с органами государственного управления достаточно актуален. Сведения, составляющие коммерческую тайну, могут по целому ряду каналов стать достоянием чиновников, продажность многих из которых общеизвестна. Нередки случаи, когда налоговые и иные проверки организуются недобросовестными лицами со специальной целью завладения конфиденциальной информацией их конкурентов. Защита против подобных действий весьма затруднительна, так как доказать их сговор с чиновниками практически невозможно.

На законодательном уровне эта проблема решается двумя путями. Во-первых, на работников соответствующих государственных органов и организаций возлагается обязанность по неразглашению сведений, ставших им известными в связи с выполнением служебных обязанностей и составляющих коммерческую тайну предприятий и организаций. Так, Налоговый кодекс РФ вводит понятие налоговой тайны, которую составляют любые полученные налоговым органом сведения о налогоплательщике, за исключениями, указанными в настоящем Кодексе. Налоговая тайна не подлежит разглашению налоговыми органами, их должностными лицами, привлекаемыми специалистами и экспертами. К разглашению налоговой тайны относится, в частности, использование или передача другому лицу производственной или коммерческой тайны налогоплательщика, ставшей известной должностному лицу налогового органа, привлеченному специалисту или эксперту при исполнении ими своих служебных обязанностей (п. 2 ст. 102 Налогового кодекса РФ). Утрата документов, содержащих составляющие налоговую тайну сведения, либо разглашение таких сведений влекут ответственность, предусмотренную федеральными законами. Аналогичные положения закреплены законами РФ от 24 июля 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции», от 21 мая 1993 г. «О таможенном тарифе» и некоторыми другими законодательными актами.

Во-вторых, ограничивается круг тех сведений, которые могут запрашиваться у предпринимателей государственными органами и их должностными лицами. Так, в соответствии с п. 1 ст. 23 Налогового кодекса РФ налогоплательщики обязаны представлять налоговым органам и их должностным лицам лишь ту информацию и документы, которые необходимы для проверки правильности исчисления и уплаты налогов. Поэтому если налоговый или иной контролирующий государственный орган выходит за пределы своей компетенции, правообладатель вправе отказать им в предоставлении сведений, составляющих его коммерческую тайну.

Л. Охрана коммерческой тайны от иностранных государств

С окончанием холодной войны наступили сложные времена для разведывательных органов. Некоторые из них для того, чтобы оправдать свое существование, стали заниматься не военным, а промышленным шпионажем. Соединенные Штаты ответили на возникшую со стороны Франции и других государств угрозу тем, что приняли законодательство, предусматривающее наказание в виде лишения свободы до 15 лет и штрафа до десяти миллионов долларов для лиц, занимающихся подобной деятельностью. Именно по причине того, что иностранные агенты могут высоко оплачиваться, быть очень хорошо подготовленными и соответствующим образом оснащенными для такого рода работы, компаниям, чьи технологические секреты могут привлечь к себе интерес из-за границы, особенно важно принять эффективные меры охраны своих секретов.

М. Коммерческая тайна и патенты

Коммерческая тайна имеет ценность только тогда, когда она может быть использована. К примеру, компания «Х» разрабатывает новую технологию и охраняет ее как коммерческую тайну. Компания «У» приобретает у компании «Х» лицензию на использование данной технологии. Что будет, если компания «Z» независимо от других придумает такой же технологический прием и запатентует его? Сможет ли она заставить компании «Х» и «У» согласиться со своими правами патентообладателя? Во многих странах патентное законодательство включает в себя положения о «предшествующем применении» или «преждепользовании» как меру защиты от возможных обвинений в его нарушении. Секрет производства, разработанный компанией «Х», ее коммерческая тайна приобрели бы для нее еще большую ценность, если бы компания могла быть уверена, что не столкнется в перспективе с необходимостью перестать использовать свою технологию ввиду того, что та может быть запатентована другой компанией. Правилom о преждепользовании признается тот факт, что из-за высокой стоимости патентования многие компании предпочитают охранять свои

менее значительные секреты в форме коммерческой тайны. Однако положения законодательства о «предшествующем применении и преждепользовании» либо по-разному отвечают, либо не отвечают вообще на многие важные вопросы. Так, положение о преждепользовании в международном договоре, который пока что не был принят, звучит так же, как и положения типичного национального законодательства в данной области:

«(1) *Права преждепользователя...* патент не будет иметь силы против любого лица (далее по тексту — «преждепользователя»), которое для своего предприятия или бизнеса добросовестно использовало некое новшество или серьезно готовилось к его эффективному внедрению, и это имело место до даты подачи патентной заявки, которой устанавливается приоритет заявителя, на той территории, на которую распространяется действие патента. Преждепользователь будет иметь право продолжать, как им и предполагалось, использование данного новшества на своем предприятии или в своем бизнесе.

(2) ...Право преждепользования может передаваться или переходить только вместе с данным предприятием или бизнесом либо только с той частью предприятия или бизнеса, для которой данное новшество разрабатывалось».

В данном проекте договора затронут ряд аспектов вопроса, на который должны давать ответы либо национальное патентное законодательство, либо судебная практика, если национальный закон ничего не говорит по этому поводу, а именно: когда можно считать, что имело место «предшествующее применение или преждепользование»; должен ли преждепользователь сам быть изобретателем новшества; требуются ли особые формальности для охраны прав преждепользователя; может ли преждепользователь передавать свои права? При этом в данном проекте нет ответа на ряд других вопросов, таких как: насколько «серьезными должны быть приготовления к эффективному внедрению»; может ли преждепользователь или тот, кому переданы его права, значительно расширять использование новшества; является ли иммунитет преждепользователя иммунитетом от патента в целом или же он ограничен исключительно сферой предшествующего применения; может ли преждепользователь медлить несколько лет до начала полномасштабного производства; на ком лежит бремя доказывания фактов по спорам о предшествующем применении?

Соединенные Штаты являются страной с наиболее строгими запретами на использование положений о преждепользовании в качестве аргумента защиты прав. Результатом этого является менее выгодное положение для многонациональных компаний, расположенных на их территории. Если эти компании охраняют свои секреты на уровне коммерческой тайны и не подают патентных заявок, они могут оказаться в положении, когда на них распространится действие правил предшествующего применения или преждепользования, принятых в других странах. Хуже того, может возникнуть ситуация, когда иностранные изобретатели запатентуют свои изобретения в США, и тогда эти многонациональные компании утратят возможность защитить свое право преждепользования в другой стране. По этой причине такие компании лоббируют принятие международного договора, который бы создал рамки применения правил преждепользования в других странах и вместе с тем создал бы возможности защиты прав преждепользователя в самих США. Независимые изобретатели и исследовательские центры выступают против распространения положений о преждепользовании, поскольку при этом они больше теряют, чем приобретают.

Право преждепользования, известное патентному законодательству большинства европейских стран, основывается на ст. 4В Парижской конвенции по охране промышленной собственности. Сама Конвенция, однако, не содержит единообразного решения данного вопроса, а относит его к внутреннему законодательству стран-участниц. В российском патентном праве право преждепользования в разных модификациях присутствует с 1924 г. Закреплено оно и действующим Патентным законом РФ, хотя при подготовке патентной реформы высказывались сомнения в целесообразности его сохранения.

В соответствии со ст. 12 Патентного закона РФ в качестве преждепользователя выступает любое физическое или юридическое лицо, которое до даты приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца добросовестно использовало на территории России созданное независимо от его автора тождественное решение или сделало необходимые к этому приготовления. Преждепользователь сохраняет право на дальнейшее безвозмездное использование изобретения, полезной модели или промышленного образца без расширения объема использования.

Из Патентного закона РФ следует, что право преждепользования возникает при одновременном наличии следующих условий:

1) независимо от автора разработки должно быть создано тождественное решение в результате самостоятельной творческой работы. Иными словами, право преждепользования возникает лишь в случае добросовестности лица, претендующего на обладание данным правом;

2) указанная разработка должна быть реально применена лицом, претендующим на данное

право, либо, по крайней мере, это лицо должно сделать необходимые приготовления к применению разработки. Если решение было создано, но не применялось и не готовилось к применению, право преждепользования не возникает;

3) использование или приготовление к использованию должны иметь место лишь на территории России. Применение разработки за пределами Российской Федерации не может служить основанием для приобретения пользователем особых прав;

4) рассматриваемые действия (создание разработки, ее использование, приготовление к использованию) должны быть совершены до даты приоритета.

Право преждепользования носит безвозмездный характер. Преждепользователь не должен выплачивать патентообладателю какое-либо возмещение за использование запатентованного средства. Но в отличие от патентообладателя он не может запретить третьим лицам использовать тождественные разработки. Кроме того, права преждепользователя ограничены тем объемом применения запатентованного средства, который был им достигнут на дату приоритета, либо, если использование не было начато до этой даты, — объемом, соответствующим сделанным приготовлениям. Наконец, по общему правилу, право преждепользования не может передаваться другим лицам. Исключение составляет случай, когда право преждепользования передается вместе с производством, на котором имело место использование тождественного решения или были сделаны необходимые к этому приготовления.

Патентный закон РФ не предусматривает выдачи преждепользователю какого-либо документа или лицензии, которые подтверждали бы его права. В случае если патентообладатель и лицо, претендующее на право преждепользования, не могут урегулировать возникшие разногласия в непосредственных переговорах, вопрос о наличии данного права разрешается в судебном порядке. Хотя ст. 12 Патентного закона РФ не возлагает бремя доказывания в этом споре на какую-либо из сторон, следует полагать, что его несет прежде всего потенциальный Преждепользователь. Его действия по использованию разработки с формальной стороны являются нарушением прав патентообладателя. Поэтому именно он должен доказать свою управомоченность на эти действия. В задачу патентообладателя входит лишь доказательство того, что имеет место не санкционированное им использование разработки, тождественной запатентованному средству.

Лицо, самостоятельно создавшее и применившее у себя тождественное решение раньше патентообладателя, в принципе, может возбудить дело о признании патента недействительным как выданного на объект промышленной собственности, не соответствующий требованию новизны. Однако это возможно лишь в том случае, если сведения о соответствующем техническом новшестве, созданном и примененном преждепользователем, вошли в уровень техники, т.е. стали общедоступными до даты поступления заявки на выдачу патента. В частности, Преждепользователь может сослаться на открытое применение им тождественного технического решения, имевшее место до даты приоритета объекта промышленной собственности. Если же сведения о соответствующем новшестве сохранялись в тайне, то это новизну запатентованного решения не порочит и не может служить основанием для аннулирования выданного патента.

Н. Судебные споры

В судебных делах о коммерческой тайне ответчик, как правило, отстаивает два положения: 1) оспариваемая информация не может быть расценена как коммерческая тайна и 2) эта информация была получена законным путем. Оба эти основания защиты уже обсуждались выше. Если истцу удастся разбить эти доводы, он может рассчитывать как на то, что использование его коммерческой тайны будет запрещено, так и на то, что ему будет выплачена материальная компенсация. В Соглашении ТРИПС достаточно подробно описаны правила, касающиеся гражданско-правовых и административных мер принуждения к соблюдению права интеллектуальной собственности. Некоторые из этих правил могут быть конкретно применены в отношении соблюдения коммерческой тайны. Так, ст. 44 Соглашения предусматривает «полномочия суда обязать виновную сторону отказаться от нарушения». Для обладателя коммерческой тайны особенно важно получить решение суда, по которому ответчику не только запрещается использование не принадлежащей ему коммерческой тайны, но от него также требуется уничтожение всех носителей полученной о ней информации и ее дальнейшее нераспространение. В ст. 45(1) этого Соглашения говорится о возмещении ущерба теми, кто знал или должен был знать, что совершает определенное правонарушение:

«Суд может обязать нарушителя выплатить правообладателю адекватную компенсацию за понесенный им ущерб в связи с нарушением его права интеллектуальной собственности и причиненный ему данным нарушителем, который заведомо знал или должен был знать, что совершает правонарушение».

Статья 45(2) содержит положения, развивающие возможности защиты правообладателя:

«Суд также может обязать нарушителя оплатить правообладателю понесенные им расходы, включая оплату услуг адвоката. В соответствующих случаях страны—участницы Соглашения могут уполномочить суд вынести решение о взыскании незаконно полученного дохода и возмещении упущенной выгоды даже в тех случаях, когда правонарушитель действовал, не зная заведомо, что совершает нарушение прав правообладателя».

Положение о компенсации расходов на адвоката варьируется от страны к стране. В Англии по всем гражданским делам, включая дела о коммерческой тайне, эти расходы всегда возлагаются на проигравшую процесс сторону. Но есть и ограничения. В ряде стран расходы на адвоката по делам о нарушении коммерческой тайны возмещаются только в случаях умышленного совершения правонарушения. Другие виды возмещения, указанные во втором предложении цитируемой статьи, практически никогда не применяются в делах о нарушении коммерческой тайны.

Особую сложность в судебных процессах о нарушении коммерческой тайны составляет то обстоятельство, что само по себе рассмотрение утечки информации может привести к раскрытию ее секретности. Соглашением ТРИПС предусматриваются положения об охране такого рода информации:

«В процессе должны быть использованы средства по идентификации и охране конфиденциальной информации в пределах, соответствующих конституционным нормам» (ст. 42).

«В тех случаях, когда одна сторона в процессе в поддержку своих требований выдвигает доказательства как общего характера, так и специфические, которые находятся под контролем противной стороны, суд может обязать эту сторону предоставить ему указанные доказательства с соблюдением при этом условий, обеспечивающих охрану конфиденциальной информации» (ст. 43(1)).

Защита права на коммерческую тайну осуществляется практически лишь в одной, а именно в *юрисдикционной, форме*, суть которой состоит в обращении за помощью к компетентным государственным органам. *Самозащита* нарушенных прав при условии, что она не превращается в самоуправство, в рассматриваемой сфере сводится к возможности самостоятельной нейтрализации и выведению из строя технических средств, незаконно внедренных третьими лицами с целью получения информации, а также принятию оперативных мер по дезинформации лиц, незаконно получивших засекреченные сведения, с целью предотвращения возможного ущерба от их разглашения. В порядке самозащиты могут, пожалуй, применяться и некоторые санкции по отношению к контрагентам по хозяйственным договорам и наемным работникам, нарушающим обязательство о неразглашении конфиденциальных сведений.

Основной же формой защиты права на коммерческую тайну является юрисдикционная процедура, которая, в свою очередь, подразделяется на судебный и административный порядки. Значение общего правила имеет *судебный порядок защиты*, предполагающий обращение с иском о защите нарушенных прав в суд. Поскольку вопрос о коммерческой тайне непосредственно связан с предпринимательской деятельностью, данные иски в основном относятся к подсудности арбитражных судов. В тех случаях, когда в качестве ответчика выступает работник, разгласивший коммерческую тайну вопреки трудовому договору (контракту), дело рассматривается в суде общей инстанции.

Административный порядок защиты права на коммерческую тайну, который именуется еще специальным, применяется лишь в случаях, указанных в законе (п. 2 ст. 11 ГК). Возможность обращения с заявлением о допущенном нарушении права на коммерческую тайну в федеральный антимонопольный орган вытекает из Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». В соответствии со ст. 22—29 указанного Закона федеральный антимонопольный орган, рассмотрев обстоятельства дела, вправе вынести обязательное для исполнения предписание об устранении нарушения и применить к нарушителю установленные законом санкции. Однако с учетом того, что в настоящее время любое решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд, а сами дела, связанные с нарушением права на коммерческую тайну, чаще всего не столь очевидны, как, например, большинство дел о нарушениях антимонопольного законодательства, данный порядок защиты применяется весьма редко.

Защита права на коммерческую тайну осуществляется с помощью определенных *способов*. Статья 139 ГК содержит прямое указание лишь на один из них, а именно возмещение причиненных убытков, но допускает возможность применения и других способов защиты, предусмотренных ГК РФ и иными правовыми актами. Общий, хотя и не исчерпывающий, перечень этих способов содержится в ст. 12 ГК. Разумеется, не все они могут быть использованы в рассматриваемой сфере, так как характер нарушенного права и природа самого нарушения ставят естественные границы возможного выбора.

Так, иск о признании права на коммерческую тайну может быть использован тогда, когда данное право кем-либо оспаривается. Например, ст. 8 Патентного закона РФ предоставляет работодателю возможность сохранить в тайне техническое или художественно-конструкторское решение задачи, созданное работником в связи с выполнением им служебных обязанностей или полученного от работодателя конкретного задания, если договором между ними не предусмотрено иное. Если, несмотря на принятие работодателем в установленный законом срок именно этого варианта охраны своих прав, работник предпримет попытку подачи заявки на выдачу патента либо иным образом будет готов раскрыть сущность достигнутого результата, работодатель может защитить свои интересы с помощью иска о признании права на коммерческую тайну. Этот же иск используется тогда, когда от предпринимателя без установленных законом оснований кто-либо требует раскрыть информацию, составляющую коммерческую тайну.

Такой способ защиты права на коммерческую тайну, как восстановление положения, существовавшего до нарушения, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, может быть использован в тех случаях, когда совершенное правонарушение еще не привело к полному прекращению самого нарушенного права и имеется фактическая возможность ликвидации последствий нарушения. Например, лицо, завладевшее информацией с помощью незаконных методов, может быть возложена обязанность по возврату технической документации или уничтожению материальных носителей информации, ему может быть запрещено использовать данную информацию в его собственной сфере, а также распространять информацию среди третьих лиц и т.д.

Обладатель конфиденциальной информации может потребовать признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления, которым ему предписано раскрыть секретность информации, если он считает, что действия соответствующего органа выходят за пределы компетенции последнего, не вызваны необходимостью или иным образом противоречат закону.

Если нарушением права на коммерческую тайну ее обладателю причинены убытки, лицо, незаконным методом получившее информацию, должно эти убытки возместить. Такая же обязанность возлагается на работников, разгласивших коммерческую тайну вопреки трудовому договору, в том числе контрагенту, и на контрагентов, сделавших это вопреки гражданско-правовому договору. Убытки должны быть возмещены в полном объеме, т.е. компенсации подлежит как реальный ущерб в имуществе потерпевшего, так и упущенная им выгода. Обязанность обосновать размер убытков возлагается, однако, на самого потерпевшего, что во многом усложняет применение данного способа защиты права на коммерческую тайну на практике. Задача обладателя нарушенного права в этом плане несколько облегчается тогда, когда нарушителем извлечены доходы за счет использования незаконно полученной информации. В этом случае потерпевший вправе потребовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы (п. 2 ст. 15 ГК).

Помимо этих и некоторых других гражданско-правовых способов защиты закон предусматривает *уголовно-правовые санкции за незаконное посягательство на коммерческую тайну*. Среди уголовно наказуемых деяний в сфере экономической деятельности (гл. 22 Уголовного кодекса РФ) новый УК РФ предусматривает два хотя и близких, но относительно самостоятельных состава преступления, связанных с незаконным получением и незаконным разглашением сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну. Согласно ч. 1 ст. 183 УК РФ уголовным преступлением является собирание сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну, путем похищения документов, подкупа или угроз, а равно иным незаконным способом в целях разглашения либо незаконного использования этих сведений. Данное преступление относится к числу формальных составов, т.е. считается оконченным в момент совершения указанных выше действий, независимо от наступившего результата. Субъектом преступления может быть любое лицо, достигшее 16-летнего возраста, которое действовало с прямым умыслом и преследовало цель разглашения или незаконного использования сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну. В качестве меры наказания предусматривается штраф в размере от 100 до 200 минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного до двух месяцев либо лишение свободы на срок до двух лет.

Преступлением является и незаконное разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну, без согласия их владельца, совершенные из корыстной или иной личной заинтересованности и причинившие крупный ущерб (ч. 2 ст. 183 УК РФ). Данное преступление может быть совершено лицами, которым эти сведения стали известны благодаря их служебному положению или выполняемым служебным обязанностям. К числу таких лиц относятся, в частности, работники самого владельца коммерческой или банковской тайны, должностные лица и иные работники государственных и других организаций, которые в нарушение

своих служебных обязанностей разгласили или незаконно использовали подобные сведения, и т.п. Преступлением считаются, однако, только такие действия названных выше лиц, которые совершены с прямым умыслом в целях личного обогащения или иной личной заинтересованности. Если сведения, составляющие коммерческую или банковскую тайну, разглашены по неосторожности, это уголовно наказуемым деянием не является и может повлечь за собой применение к таким лицам лишь гражданско-правовых санкций и мер дисциплинарного характера. Кроме того, в отличие от незаконного собирания сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну, рассматриваемое деяние считается материальным составом. Иными словами, об оконченном преступлении можно говорить лишь тогда, когда в результате разглашения или незаконного использования сведений их владельцу причинен крупный ущерб.

Данное преступление наказывается штрафом в размере от 200 до 500 минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от 2 до 5 месяцев либо лишением свободы на срок до трех лет со штрафом в размере до пятидесяти минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного месяца либо без такового.

Привлечение к уголовной ответственности конкретных виновников преступления не исключает заявления потерпевшими гражданско-правовых требований о возмещении причиненного вреда. В частности, в тех случаях, когда сведения, составляющие коммерческую или банковскую тайну, разглашены или незаконно использованы работниками государственных или иных организаций, соответствующие требования о возмещении вреда могут быть адресованы либо непосредственно этим организациям (ст. 402 ГК), либо государству (ст. 16 ГК).

Поскольку рассмотрение в судах гражданско-правовых споров и уголовных дел, связанных с нарушением прав на коммерческую тайну, включает в себе опасность раскрытия конфиденциальной информации, правообладателю следует принять соответствующие меры для предотвращения подобных последствий. Сохранение конфиденциальности в этом плане обеспечивается проведением закрытого судебного разбирательства. К сожалению, лишь один из действующих в настоящее время в России процессуальных законов предоставляет возможность закрытого разбирательства дел в связи с необходимостью сохранения коммерческой тайны. Согласно ст. 9 Арбитражного процессуального кодекса РФ суд может по ходатайству участвующего в деле лица, ссылающегося на необходимость сохранения коммерческой или иной тайны, принять определение о разбирательстве дела в закрытом заседании. В связи с тем, что споры о праве на коммерческую тайну в основном возникают между предпринимателями и, следовательно, разрешаются арбитражными судами, для большинства споров этот вопрос законодательно решен. Если же соответствующий спор (уголовное дело) рассматривается судом общей юрисдикции, проблема сохранения конфиденциальности существует. Гражданский процессуальный кодекс РСФСР (ст. 9) и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР (ст. 18) содержат исчерпывающий перечень оснований, по которым возможно разбирательство дела в закрытом заседании. Поскольку в число таких оснований необходимость сохранения коммерческой тайны не входит, суд не вправе закрыть разбирательство от посторонних лиц. Нет сомнений в том, что российское процессуальное законодательство нуждается в этой части в совершенствовании.

Что же касается вопроса о возмещении расходов на юридическую помощь, то применительно к данной категории дел он разрешается в российском законодательстве точно так же, как и в иных гражданских и уголовных делах. Указанные расходы возлагаются на проигравшую сторону, однако возмещению подлежат не любые расходы, а лишь те, которые разумны и доказаны (см., например, ст. 91 ГПК РСФСР).

О. Лицензирование

Уступка прав на коммерческую тайну (равно как и уступка патентных прав) путем заключения лицензионных договоров осложняется тем, что в их тексте могут использоваться термины, противоречащие антимонопольному законодательству. Типичным примером может быть использование в отношениях договаривающихся сторон терминов в ситуациях, внесенных Комиссией ЕС в особый «черный список» (black list). В частности, имеются в виду следующие ситуации:

1) когда одна из сторон ограничивается в своих возможностях по определению цены, ее составляющих или скидок на лицензионные продукты;

2) когда одна из сторон ограничивается в возможности конкурировать с другой стороной в имеющих к ней отношении делах или в иных делах, связанных с исследованием, развитием, производством, использованием или распространением конкурентной продукции (с некоторыми исключениями);

3) когда от одной или от обеих сторон требуется, чтобы они без объективных причин:

а) отказывались бы на своей территории принимать заказы от пользователей или перепродавцов, готовых продвигать их продукцию на своих территориях в пределах пространства Общего рынка;

б) затрудняли бы пользователям или перепродавцам приобретение продукции у других продавцов в пределах Общего рынка, либо используя для этого, в частности, право интеллектуальной собственности или предпринимая меры, препятствующие как приобретению пользователями и перепродавцами продукции на стороне, так и тому, чтобы они продвигали на рынки лицензионной территории продукцию, приобретенную ими на законных основаниях у лицензиата, либо действуя для достижения этих целей по сговору между собой;

4) когда стороны уже были конкурентами в производственной области еще до уступки права на коммерческую тайну и одна из них ограничивается в ее использовании в данной технической области или рыночной нише в отношениях с клиентами — ей запрещаются либо поставки определенной продукции определенным пользователям, использование определенных форм распространения продукции, либо (в целях разделения круга клиентов) запрещается использование определенных видов упаковки продукции (с некоторыми исключениями);

5) когда подвергаются ограничению либо объем лицензируемой продукции, которую одна из сторон может производить или продавать, либо количество операций в технологическом процессе, который она может осуществлять (с некоторыми исключениями);

6) когда от лицензиата требуется полная или частичная передача лицензиару прав на вносимые в лицензионную технологию улучшения или на новые формы ее использования;

7) когда от лицензиара требуется не предоставлять (в течение чрезмерно длительного срока) права на иное использование лицензионной технологии на договорной территории, несмотря на то, что по отдельным соглашениям или ввиду автоматической пролонгации изначального срока их действия в технологию введены новые улучшения, либо когда от стороны требуется не использовать (в течение чрезмерно длительного срока) лицензионную технологию на территории другой стороны или на территориях других лицензиатов.

Из-за опасности нарушения антимонопольного законодательства при заключении договора о передаче прав на коммерческую тайну всегда следует получить консультацию юриста, знающего законодательство других стран в этой области. При всем этом соображения о соблюдении антимонопольного законодательства не должны доминировать при составлении проектов договоров о передаче коммерческой тайны. Здесь основной задачей, скорее всего должно быть развитие деловых взаимных интересов сторон. Комиссия ЕС выпустила также и список условий, которые являются весьма полезными с деловой точки зрения и ни в коей мере не противоречат антимонопольному законодательству Европейского союза.

Распоряжение сведениями, составляющими коммерческую тайну, в частности передача их на договорной основе другим лицам, входит в состав правовых возможностей правообладателя. Прежде всего он может в любой момент раскрыть перед публикой те сведения, которые составляют коммерческую тайну, если это не нарушает принятых им обязательств перед контрагентами. Далее, обладатель конфиденциальной информации может продать или иным образом переуступить эту информацию заинтересованному лицу. В частности, предметом такого договора могут быть результаты проведенных маркетинговых исследований, технология или иное техническое новшество. Условиями такой переуступки информации является обычно отказ самого правообладателя от ее дальнейшего использования, а также его обязательство не передавать эту информацию другим лицам. Наконец, субъект права на коммерческую тайну может предоставлять другим лицам разрешение на использование конфиденциальной информации в собственной сфере. Иными словами, допускается выдача третьим лицам лицензий, которые, в свою очередь, могут носить исключительный или неисключительный характер. Предметом таких лицензий чаще всего являются технологические секреты, опыт управленческой, финансовой и производственной деятельности и т.п., которые не имеют патентной охраны, но представляют большую коммерческую ценность.

II. Роль юриста в охране коммерческой тайны

1. Когда следует использовать институт охраны коммерческой тайны

Первая задача юриста, имеющего дело с уже действующими или планируемыми нововведениями, состоит в определении того, является ли в данном случае коммерческая тайна

самой подходящей формой охраны. Если речь идет о создании нового продукта, который будет продаваться на рынке, то введение коммерческой тайны может, по всей видимости, быть полезным лишь на начальной стадии процесса его разработки. Как только продукт будет выпущен в продажу, он легко может быть скопирован, если не будет защищен патентом или авторским правом. Однако если речь идет о внутреннем использовании такого секрета, как производственный процесс или список клиентов, то есть смысл охранять это именно как коммерческую тайну. Некоторые факторы, влияющие на принятие решения, относятся к области действия патентного права. Если создаваемый продукт патентоспособен, фирма может захотеть подать патентную заявку до того, как о нем что-либо узнает конкурент. Во многих странах, если какая-либо фирма в производстве продукта использует некую технологию, охраняя ее как коммерческую тайну, она может продолжать делать это даже после того, как продукт будет запатентован другой фирмой. Однако в некоторых странах использование производственных секретов не может продолжаться в случае патентования продукта другой фирмой. Продолжать охранять подобный производственный секрет как коммерческую тайну в таких странах может быть делом весьма рискованным. Хотя при использовании института коммерческой тайны как формы охраны и возникает серьезное преимущество в части затрат на нее. Получение полной мировой патентной охраны для какого-то одного новшества стоит сотни тысяч долларов. При этом добротная программа охраны коммерческой тайны может охватывать неограниченное число нововведений при очень низком уровне затрат. Охрана коммерческой тайны не имеет срока действия, хотя при этом существует риск, что в любое время охраняемый ею секрет будет раскрыт другим лицом.

2. План по охране коммерческой тайны

Охрана коммерческой тайны должна быть для юриста задачей гораздо более важной, чем судебное преследование лиц, ее укравших. Юрисконсульт любой организации, имеющей свои коммерческие тайны, должен иметь список всех секретов и должен создать план их охраны. Почти во всех странах законодательно слабо разработаны вопросы об обязанности работника сохранять коммерческую тайну своего работодателя, в связи с чем его интересы в этой части защищены неадекватно и плохо. Именно поэтому так важно для работодателя иметь письменный трудовой контракт с каждым работником, который может создать сам или может иметь доступ к информации, имеющей режим ограниченного пользования, равно как и к коммерческой тайне работодателя. В идеале такой контракт должен предусматривать, что правообладателем коммерческой тайны, созданной работником в рабочее время, является работодатель, что работник будет хранить в тайне ставшие ему известными по работе секреты не только в период действия трудового контракта, но и определенное время после прекращения трудовых отношений, а также то, что работник не может наниматься на работу к конкуренту в течение определенного (например, в течение 5 лет) периода времени. Юрист должен очень тщательно подготовить такой контракт, потому что во многих странах действуют ограничения по части правомерности лимитирования прав работника и в связи с этим на практике плохо сформулированные условия контракта теряют свою эффективность. В ряде стран судебная власть не может принудить к исполнению условий контракта, поэтому даже самые лучшие контракты не имеют широкого использования. В экстремальных случаях, когда невозможно обеспечить необходимую охрану коммерческой тайны через использование трудовых контрактов, секретную часть исследований и разработок следует перевести в ту страну, где существуют соответствующие законодательные возможности. Необходимо, чтобы компании доводили до понимания своих работников как важность политики охраны коммерческой тайны, так и серьезность намерений компании в полной мере добиваться принудительного исполнения своих требований в отношении тех работников, которые не соблюдают режима охраны коммерческой тайны. Когда работник увольняется из компании, с ним должна быть проведена особая заключительная беседа, в которой работнику четко напоминают о его обязанности продолжать соблюдать режим охраны коммерческой тайны.

Зачастую бывает необходимо поделиться определенными секретами с контрагентами или поставщиками. В этом случае также очень важно иметь соответствующие договорные отношения с внешними партнерами. Сказанное относится и к ситуациям, когда коммерческой тайной приходится делиться с потенциальными или реальными клиентами в ходе отношений с ними в сфере торговли или сервиса. Во всех таких случаях важно, чтобы работники внешних партнеров обязывались соблюдать положения о конфиденциальности информации, которая становится им известна по службе и которая является собственностью третьего для них лица по такому договору, либо напрямую через договоры о неразглашении с обладателем коммерческой тайны, либо косвенно через такие договоры со своими работодателями. Так же важно, чтобы эти работники четко представляли себе и последствия разглашения подобной информации.

Р. Роль законодательства о коммерческой тайне

Законодательство о коммерческой тайне является существенной частью права интеллектуальной собственности. В связи с тем, что до последнего времени эта отрасль практически полностью игнорировалась в международном договорном праве, во многих странах понятие коммерческой тайны слабо определено законодательно и плохо разработано. Поскольку охрана коммерческой тайны прямо зависит от надежности системы мер борьбы с недобросовестной конкуренцией и от эффективности мер борьбы с несоблюдением договорных отношений, очевидно, что совершенно невозможно создать надежную охрану коммерческой тайны в правовых системах, слабо охраняющих права частных лиц. Исследования показали, что недостатки в охране коммерческой тайны, в большей степени, чем недостатки в охране других видов интеллектуальной собственности, сдерживают иностранные инвестиции. Иностранный инвестор может вкладывать средства в создание исследовательских и производственных мощностей в стране со слабой патентной охраной потому, что он сможет защитить свои интересы, запатентовав результаты этой работы в ЕС, Японии, США и в других ведущих странах. Но он побоится создавать или использовать коммерческую тайну в стране, где не существует ее охраны, из-за риска утечки закрытой информации. По многим позициям даже самая хорошая охрана коммерческой тайны слабее патентной охраны. Но эта тема рассматривается в следующем разделе.

V. Патенты

A. Теоретические основы патентной охраны

Патентование — это способ обеспечить себе право на сделанное изобретение, с помощью которого исключается возможность его использования другими лицами. Патентная охрана является серьезным стимулом к изобретательству и прогрессу именно в тех случаях, когда использование института коммерческой тайны не дает адекватной охраны. Если товар или метод его изготовления легко могут быть раскрыты методом «обратной инженерии», то понятно, что их охрана с использованием коммерческой тайны не сможет послужить достаточным стимулом для дальнейших технических разработок. При появлении нового продукта на рынке сразу же возникает множество его производителей, и они сводят его цену до производственных затрат, не оставляя места для прибыли, которой можно было бы компенсировать расходы, связанные с исследованиями и новыми разработками. Поскольку далеко не все исследовательские проекты приводят к успеху, патентование успешных разработок должно быть потенциально настолько прибыльным, чтобы можно было компенсировать затраты, в том числе и на не давшие результата исследовательские усилия. Например, когда фармацевтическая компания при разработке лекарства тестирует сто вариантов, чтобы найти единственно верный, доход от его патентования должен компенсировать целиком всю исследовательскую часть работы.

Патент — это дорогостоящий для общества институт правовой охраны. В течение того периода времени, когда патентообладатель имеет исключительное право на производство какого-то продукта, он будет устанавливать на него такую цену, которая превышает все его производственные затраты. Объем производства при такой монополии будет меньше, чем если бы этот продукт производился на конкурентной основе, с неизбежным в этом случае снижением его цены. Общество несет определенные потери от подобного ограничения объема производства. Эти потери могут быть весьма существенными. Предположим, например, что некая фармацевтическая компания создает сердечный лекарственный препарат, но устанавливает на него такую цену, что только 20% населения, т.е. наиболее обеспеченные люди, могут себе позволить его приобрести. Патентование этого лекарства оборачивается для миллионов людей тем, что они не могут его купить. Вместе с тем без патентования не было бы проведено того исследования, которое привело к появлению нового препарата. По истечении срока действия патента конкурентное производство приведет к падению цены на это лекарство до очень низкого уровня. И именно потому, что патент — это монополия, дорого стоящая обществу, очень важно, чтобы она распространялась ограниченно и только на то, что действительно служит вкладом в уровень развития техники. По этой причине и в международных договорах, и в национальном законодательстве содержится положение о том, что патентную охрану могут получить только изобретения, соответствующие изобретательскому уровню, т.е. своего рода новшества, до этого не известные по уровню техники и по своей сущности не вытекающие просто из имевшихся ранее сведений (т.е. являющиеся не очевидными, а оригинальными). Если же полученный результат — это очевидное следствие уровня развития техники, то он все равно бы возник и без таких побудительных мотивов, как патентование. Определение того, что заявленное к патентованию изобретение является действительно изобретением, а не очевидным решением, процедура не простая и не дешевая. Она требует проведения сравнительного анализа изобретения со всеми иными, на которые когда-либо были выданы патенты, и со всей существующей технической литературой. Выдача подобного заключения в каждой стране всегда являлась делом национальной патентной службы.

Получение же патентной охраны на мировом уровне было делом исключительно дорогим, требующим приложения в крайней степени непродуктивных, дублирующих друг друга усилий. Авторы изобретений, стремившиеся к получению такого рода охраны, должны были подавать десятки отдельных патентных заявок на разных языках и в особой форме. Затем они должны были уплачивать пошлину за рассмотрение заявки в патентное ведомство каждой страны. Поскольку при подготовке заключения по заявке объем анализируемого материала (имеющихся патентов и специальной литературы) все время возрастал, а используемые при этом технологии все усложнялись, постоянно росла и стоимость оформления. У компаний, делающих значительные вложения в проведение исследований, возник интерес к реформированию такой системы патентной охраны в плане поиска путей удешевления процесса составления экспертных заключений. Они видели всемирную систему патентования такой, в которой бы требовалось предоставление одного единственного формуляра патентной заявки на одном (английском) языке, проводилась одна экспертиза заявки и один раз оплачивалась патентная пошлина. И хотя эта цель пока еще не достигнута, медленное продвижение к ней имеет место.

Польза, приносимая системой патентования, неодинакова в разных странах. Страны, которые

экспортируют технологии, извлекают пользу из хороших систем патентования по всему миру, поскольку доходы, приносимые им монопольным владением, а также доходы, получаемые от выдачи лицензий на право пользования их запатентованной собственностью, перекрывают расходы на патентование. С другой стороны, технологически отсталые страны постоянно платят все более высокую цену за запатентованную и лицензионную продукцию и редко, или никогда не получают дохода от патентования. Подобная асимметрия породила серьезные противоречия в развитии международного патентного права. Ниже мы их обсудим.

Как уже отмечалось, российская доктрина интеллектуальной собственности, опираясь, главным образом, на структуру российского законодательства о промышленной собственности, не ограничивает патентное право рамками правовой охраны изобретений, а распространяет его также на охрану промышленных образцов и полезных моделей. В настоящей книге, структура которой задана иностранным соавтором, отражен, однако, иной подход, достаточно распространенный за рубежом, а именно патентным правом именуется лишь те правила действующего законодательства, которые касаются изобретений. Поэтому все сказанное в настоящем разделе о российском патентном праве распространяется лишь на охрану прав на изобретения. Правовая охрана промышленных образцов и полезных моделей будет раскрыта в следующем разделе книги.

Б. Международные договоры о патентной охране

Всего существует пять наиболее важных международных соглашений, касающихся вопросов патентования. Парижская конвенция была принята в конце XIX в. В ней установлены основные принципы международного патентного права. Соглашение ТРИПС требует полного соблюдения положений Парижской конвенции и вводит некоторые дополнительные правила. Договор о патентной кооперации был принят в середине XX в. с целью сокращения расходов и усиления эффективности патентной охраны за счет исключения дублирования усилий в области подачи и оформления заявок в национальных ведомствах. Страсбургское соглашение по вопросам международной патентной кооперации нацелено на унификацию системы классификации изобретений для упрощения процесса поиска. Будапештский договор о международном признании депонирования микроорганизмов для целей патентной процедуры был разработан для установления международных органов по принятию на хранение образцов микроорганизмов, подлежащих патентованию.

1. Парижская конвенция

В 1883 г. группой ведущих индустриальных государств была принята Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Эта Конвенция имела целью разрешение двух проблем. Первой была проблема дискриминации. В некоторых странах иностранцам было затруднительно или даже невозможно получить патент. Вторая проблема касалась вопросов приоритета. Подать патентную заявку одновременно во всех странах было делом трудным и дорогостоящим. Однако, изобретатель, который медлил с подачей заявки, рисковал обнаружить, что другой человек в другой стране опередил его, обратившись со своей заявкой или предварительно опубликовав результаты своей работы. (Во многих странах также практиковалось опубликование патентной заявки сразу после ее подачи, до оформления заключения по ней). В связи с тем, что разработчиками Конвенции были экономически развитые страны, они не выступили против патентования как такового, но стали искать возможность поднять уровень патентной охраны за счет устранения указанных недостатков в системе патентования.

Первое, что было предложено, — это введение требования национального режима, по которому во всех странах — участницах Конвенции устанавливался единый режим охраны прав для заявителей без выставления условий о месте жительства или наличии предприятия в стране, где испрашивается охрана. Второй момент, включенный в Конвенцию, — срок приоритета в один год. Это означает, что когда патентная заявка подана автором в одной из стран с установлением даты ее подачи, сроки заявок этого автора, поданных в других странах — участницах Конвенции, будут исчисляться с момента первой подачи. Поэтому всем этим патентным заявкам уже не страшны поданные позже заявки на такое же изобретение другими авторами, опубликование ими материалов или выпуск опытных образцов. Более того, установление срока приоритета открыло перед авторами изобретений возможность оценить их экономический потенциал до проведения дорогостоящих процедур патентования в различных странах.

В Парижскую конвенцию вошел также и ряд менее существенных положений. В соответствии с Конвенцией патенты получали так называемую национальную независимость, это означает, что патент, полученный в одной стране, независим от судьбы патентов, полученных на это

же изобретение в других странах. Автор изобретения получил право быть названным в качестве такового в патенте. Кроме того, Конвенцией предусматривалось, что «в выдаче патента не может быть отказано и патент не может быть признан недействительным на основании того, что продажа продукта, запатентованного или изготовленного запатентованным способом, подвергнута ограничениям или сокращениям на основании национального законодательства».

Последние изменения, внесенные в Парижскую конвенцию, имели целью сбалансировать интересы стран, экспортирующих интеллектуальную собственность (в основном это более развитые страны), и стран, ее импортирующих. Сделать это предполагалось путем введения при определенных условиях обязательного лицензирования и изъятия патентов, о чем подробнее мы будем говорить ниже. Тем не менее и после внесения всех дополнений в Парижскую конвенцию осталось много нерешенных проблем. В частности, заявитель по-прежнему должен заполнять множество бумаг на разных языках и платить много разных пошлин. Кроме того, некоторые страны продолжают не соблюдать установленный Конвенцией национальный режим, в них используются стандарты, условно названные национальным режимом, но на деле означающие дискриминацию. Авторам Парижской конвенции не удалось сформулировать минимальные стандарты патентной охраны. Во многих менее развитых странах действуют весьма слабые правоохранительные системы. Даже в тех из них, где попытались ввести серьезные системы патентования, возникли значительные трудности с решением вопроса о квалифицированном экспертном персонале, который мог бы работать по разным отраслям техники. В связи со всем этим у ведущих многонациональных корпораций, финансирующих значительную часть исследований и разработок, а также в странах, где живут их основные акционеры, возникла неудовлетворенность уровнем патентной охраны, предоставляемой Парижской конвенцией.

2. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)

Соглашение ТРИПС требует безусловного выполнения положений Парижской конвенции, но его содержание этим не ограничивается и идет дальше по пути преодоления ее недостатков, к которым относятся: 1) не вполне адекватные положения о национальном режиме, 2) слабость требования патентной защиты для всех типов изобретений, и 3) отсутствие механизмов принуждения к исполнению положений Конвенции. Для устранения этих недостатков Соглашением ТРИПС предусматривается, что «получение патента доступно, а патентные права предоставляются без какой бы то ни было дискриминации в том, что касается места изобретения... безотносительно к тому, произведен ли результат изобретения на месте или ввезен». Далее, в Соглашении предусматривается охрана «любых изобретений, будь то продукт или процесс его изготовления во всех областях техники и технологии». В Соглашении также определяются срок действия патента — минимум 20 лет, права, которые получает каждый патентообладатель и пределы ограничения этих прав. Кроме этого, в Соглашении содержится ряд пунктов, определяющих механизм принуждения к исполнению положений Соглашения. Ниже мы вернемся к детальному обсуждению всех этих аспектов Соглашения ТРИПС.

3. Договор о патентной кооперации (РСТ)

Договор о патентной кооперации (РСТ) был разработан с целью унификации и упрощения формальностей, связанных с подачей патентной заявки³. Договор помогает частично преодолеть проблему множественности подаваемых заявок, чего даже не пытались сделать авторы Парижской конвенции. Так же, как и Парижская конвенция, РСТ был подписан почти всеми странами. В соответствии с этим Договором заявки на охрану изобретений в любом из договаривающихся государств могут оформляться как международные заявки либо в Международном союзе патентной кооперации, либо в национальном патентном ведомстве страны. Заявитель может указать перечень стран, в которых он хотел бы иметь для своей международной заявки режим охраны национального уровня. Все страны—участницы настоящего Договора соглашаются с таким видом оформления заявки. Унификация формуляра патентной заявки в значительной степени сокращает расходы на международное патентование. Вместе с тем в Договоре предусмотрено, что каждая страна может требовать перевода заявки на ее государственный язык, в связи с чем расходы на перевод сохраняются.

После подачи международная заявка проходит процедуру международного поиска, которая осуществляется через одну из ведущих патентных служб, например через службы в США или Японии. В результате поиска составляется список ссылок на патенты и публикации, которые могут иметь значение при решении вопроса о том, является ли изобретение новым и соответствуют ли оно изобретательскому уровню. Патентная служба, осуществившая поиск, представляет по

³ Более подробную информацию о Договоре можно найти в Интернете по адресу: <http://www.wipo.org>

установленной форме отчет о международном поиске, копия которого направляется заявителю. Если результаты международного поиска неблагоприятны, заявитель может отозвать международную заявку и сэкономить на расходах по оплате многочисленных заявок в национальные патентные органы разных стран. Заявитель может продолжить оформление своей международной заявки, и в таком случае Международное бюро (которое является подразделением Всемирной организации интеллектуальной собственности) публикует международную заявку и Отчет о международном поиске и передает их в уполномоченные патентные службы. С начала процедуры оформления международной заявки в распоряжении заявителя будет двадцать месяцев для оплаты пошлин в национальных бюро и для предоставления им (если потребуется) переводов. Этот двадцатимесячный период на восемь месяцев длиннее того срока, который имеется у заявителя согласно Парижской конвенции для того, чтобы оценить рыночную ситуацию в конкретных странах прежде, чем оплачивать там стоимость патентования.

Кроме того, в соответствии с РСТ заявитель может получить заключение международной предварительной экспертизы, выдаваемое компетентным национальным патентным органом. Обращение за таким заключением продлевает срок охраны патентной заявки до тридцати месяцев, что в целом на восемнадцать месяцев длиннее срока, предоставляемого по Парижской конвенции. Заключение международной предварительной экспертизы является предварительным мнением о патентоспособности изобретения. Если заключение неблагоприятно, заявитель может отозвать заявку и не нести расходов по оплате перевода и национальных пошлин. Более того, заявитель получает возможность внести изменения в заявку с тем, чтобы устранить замечания, возникшие в ходе предварительной международной экспертизы. Помимо предоставления этих благоприятных возможностей процедура помогает избежать дублирования экспертных исследований. Патентные службы отдельных государств, уполномоченные на рассмотрение международных заявок, могут полагаться на отчеты о международном поиске и на заключения международной предварительной экспертизы.

При всем этом в Договоре о патентной кооперации остался нерешенным целый ряд вопросов. Договор сокращает объем дублирования, но не снимает его полностью в патентном поиске, осуществляемом на национальном уровне. Договор не содержит положений, способствующих снижению расходов на перевод патентных заявок на множество иностранных языков. В нем так же нет механизма для простого и единообразного способа разрешения споров между заявителями и национальными патентными службами.

4. Будапештский договор

Будапештский договор о международном признании депонирования микроорганизмов для целей патентной процедуры 1977 года направлен на разрешение важной технической проблемы в области международного патентования⁴. Патент часто рассматривается как вариант договора между изобретателем и обществом. Изобретатель получает монополию на определенный срок (обычно это 20 лет), в обмен на это он открывает свое изобретение для публики и дает возможность пользоваться своим изобретением после истечения срока патентной охраны. Но предположим, что патентом можно воспользоваться на практике только через микроорганизм, как, например, при производстве антибиотиков, использующих определенные культуры микроорганизмов. Если нужная культура будет недоступна в момент, когда истечет срок патентной охраны, изобретение не сможет стать достоянием общества. Поэтому патентное право, как правило, содержит положения, в соответствии с которыми создатель патентуемого микроорганизма должен передать данную культуру в специальный депозитарий, в котором могут быть обеспечены условия ее хранения в жизнеспособном состоянии до момента истечения срока действия патента. В большинстве стран нет достаточного количества учреждений по депонированию, которые могли бы отвечать необходимым требованиям по условиям хранения. Депонирование одной и той же культуры в несколько депозитариев было бы неоправданно дорогостоящим. Поэтому Будапештским договором создается механизм придания ограниченному числу учреждений, которые могут отвечать необходимым стандартам, «статуса международного органа по депонированию». Стороны Договора признают депонирование микроорганизма в любой международный орган по депонированию, как соответствие их требованиям патентоспособности.

Учреждения по депонированию имеют еще одну важную обязанность. При определенных обстоятельствах у третьей стороны может возникнуть право на получение образца

⁴ Подробную информацию о Будапештском договоре можно получить на странице Интернет: <http://www.wipo.org>

депонированной культуры.

Например, в ситуации, когда идет судебное разбирательство по поводу претензий другого изобретателя на правообладание процессом, в котором задействован тот же микроорганизм, и для этого ему требуется образец культуры. Договором предусмотрено, что учреждение по депонированию может предоставить образец только в том случае, если оно получит сертификат из национальной патентной службы с указанием на то, что у заявителя есть право на получение образца. Чрезвычайно важно, чтобы депозитарии строжайшим образом соблюдали все формальности при получении запросов на образцы.

В. Патентная охрана на региональном уровне

1. Конвенция о выдаче европейских патентов

Конвенция о выдаче европейских патентов с большим воодушевлением была воспринята в странах—членах Европейского союза⁵. Поскольку Конвенция является открытой, что означает возможность вступления в нее любой европейской страны, в том числе и не члена Европейского союза, представляется весьма вероятным ее быстрое распространение и на страны Восточной Европы. Но все-таки Конвенция не может служить инструментом создания реальной общеевропейской системы патентования. Единичная заявка в Европейскую патентную организацию (ЕПО), которая была создана в соответствии с данной Конвенцией, ведет к выдаче так называемого Европейского патента. Такой патент обеспечивает охрану, эквивалентную национальному уровню в каждой из восемнадцати стран—участниц Конвенции. Это большая помощь заявителям, обращающимся за патентом, поскольку им нужно сделать только одно заявление вместо восемнадцати.

Но данная европейская система страдает от двух существенных недостатков. Первый состоит в том, что страны — участницы Конвенции вправе требовать от заявителя перевода заявки на патент на один из официальных языков ЕПО. Точный технический перевод — вещь очень дорогая. Стоимость перевода европейского патента может увеличить стоимость процедуры европейского патентования по сравнению с процедурой в США в два раза, хотя следует отметить, что стоимость процедур патентования в каждой из восемнадцати европейских стран — участниц Конвенции неодинакова.

Второй недостаток состоит в том, что преследование за патентные нарушения в соответствии с Конвенцией должно проводиться в системе национального судопроизводства, поскольку система европейских патентных судов не была создана. Сказанное может означать высокий уровень затрат на судебные процедуры и несовместимость решений в том, что касается юридической силы и толкования патента. В связи со значительной схожестью патентного законодательства разных стран некоторыми судами стали выноситься решения, распространяющие сферу своего действия на юрисдикции других стран, а суды этих стран стали принимать такие решения к исполнению. Тем не менее на практике продолжают иметь место тяжбы по патентным вопросам между отдельными странами.

2. Конвенция о патентах Европейского союза

В 1975 г. была открыта к подписанию Конвенция о патентах Сообщества, которая так и не вступила в действие, поскольку не была ратифицирована достаточным числом стран. Этой Конвенцией предусматривалось введение реального института патента Сообщества, а не пакета из национальных патентных единиц. В соответствующем Протоколе по разрешению споров, касающихся вопросов патентной охраны и юридической силы патентов Сообщества, предусматривалось создание Апелляционного суда Сообщества, решения которого должны быть обязательны для всех входящих в него стран. По идее Конвенция Сообщества должна была бы разрешить проблемы, не решенные Конвенцией о выдаче европейских патентов, например связанную со стоимостью перевода, поскольку последняя сохраняла ситуацию, при которой заявки должны были переводиться на языки всех стран Сообщества. Деловые люди Сообщества явно склонялись в сторону измененного варианта Конвенции о выдаче европейских патентов, по которому заявка должна быть составлена лишь на английском языке, который предполагалось использовать как рабочий и в других процедурах. Английским языком владеют практически все европейские ученые, инженеры, должностные лица корпораций и юристы. Но в этом подходе очевидны две трудности. Первая — это проблема юридического характера: принципиально

⁵ См. подробности на странице Интернет <http://www.european-patent-office.org>

неправильно применять санкции за патентные нарушения к лицу, которое может не знать языка, на котором написан патентный документ. Вторая — это вопрос приемлемости подхода с политической точки зрения. Требование использовать английский язык является ударом по национальной гордости в любой стране Европы, кроме Соединенного Королевства. Кроме того, принятие Конвенции в таком виде может лишить работы служащих патентной системы: экспертов, переводчиков и т.д.

3. Евразийская патентная конвенция

Евразийская патентная конвенция имеет целью достижение более высокой степени интеграции, чем та, которую дает европейская патентная система. В число стран—участниц Конвенции входит ряд бывших республик Советского Союза, хотя этот международный договор открыт для вступления в него любых стран, подписавших Парижскую конвенцию и Договор о патентной кооперации. В соответствии с данной Конвенцией вводится единый евразийский патент. Проблема перевода снимается в связи с использованием единственного рабочего языка — русского, который знают во всех странах, вступивших в Конвенцию (при этом любой суд или иной компетентный орган страны-участницы может потребовать представления истцом материалов в переводе на национальный язык). Конвенцией также определяются в весьма разумных размерах пошлины, взимаемые как за подачу заявок, так и за поддержание патента в силе. Самым большим недостатком Конвенции является то, что ею не предусмотрено создание Евразийского апелляционного патентного суда, и это по сути означает возможность принятия отличающихся друг от друга решений в судах различных стран по вопросам юридической силы и нарушений охраны евразийских патентов.

Патентование изобретений, обеспечиваемое Евразийской патентной конвенцией, осуществляется путем подачи заявки в Евразийское патентное ведомство, расположенное в Москве. Заявители из стран — участниц Конвенции подают евразийскую заявку через национальное патентное ведомство, если это требуется законодательством соответствующего государства. Заявители из государств, не участвующих в Конвенции, подают заявку непосредственно в Евразийское патентное ведомство.

Евразийское патентное ведомство проверяет соответствие заявки формальным требованиям Конвенции и Патентной инструкции и проводит по ней поиск. По результатам поиска составляется отчет о поиске, который высылается заявителю. По истечении 18 месяцев с даты подачи заявки или, если испрашен приоритет, с даты приоритета Евразийское патентное ведомство публикует заявку вместе с отчетом о поиске. Затем, если от заявителя поступит ходатайство, которое должно быть подано до истечения шести месяцев с даты публикации отчета о поиске, Евразийское патентное ведомство проводит экспертизу заявки по существу. Решение о выдаче или об отказе в выдаче евразийского патента принимается от имени Евразийского патентного ведомства коллегией, состоящими каждая из трех экспертов, являющихся штатными сотрудниками Евразийского патентного ведомства. При несогласии с решением Евразийского патентного ведомства заявитель может в трехмесячный срок с даты получения уведомления об отказе в выдаче патента подать возражение, которое должно быть рассмотрено коллегией Евразийского патентного ведомства. В состав данной коллегии должны входить по крайней мере два эксперта, ранее не принимавшие решения по существу заявки.

Отказ Евразийского патентного ведомства в выдаче евразийского патента не лишает заявителя возможности получить национальный патент в каком-либо из государств, участвующих в Конвенции. До истечения шести месяцев с даты получения заявителем уведомления Евразийского патентного ведомства об отказе в выдаче евразийского патента либо с даты получения заявителем уведомления об отказе в удовлетворении возражения заявитель может подать в Евразийское патентное ведомство ходатайство с указанием тех участвующих в Конвенции государств, в которых он хочет получить патент по национальной процедуре. При этом евразийская заявка данного заявителя считается правильно оформленной национальной заявкой, поданной в национальное патентное ведомство с той же датой подачи и, если таковая имеется, датой приоритета, что и евразийская заявка, со всеми последствиями, предусмотренными национальным законодательством. Данная заявка в дальнейшем рассматривается по национальной процедуре при условии, что заявитель уплатил национальному патентному ведомству требуемые национальные пошлины.

Получение евразийского патента сопровождается уплатой соответствующих пошлин. Размеры пошлин, порядок их уплаты и возврата установлены Положением о пошлинах Евразийской патентной организации, утвержденным Административным советом ЕАПО 1 декабря 1995 г. Все пошлины определены в долларах США, однако на территории России расчеты с Евразийским патентным ведомством производятся в рублях по действующему на дату совершения операции

курсу ЦБ РФ. При этом для заявителей из стран-участниц Парижской конвенции по охране промышленной собственности, в которых уровень валового национального дохода на душу населения не превышает 3000 долларов США (в настоящее время такими странами являются все участники Евразийской патентной конвенции), введен льготный тариф, составляющий 20% установленных пошлин. Так, при подаче евразийской заявки уплачивается единая процедурная пошлина за подачу заявки, поиск, публикацию и другие процедурные действия в размере, как правило, 800 (160) долларов США. Кроме того, особые пошлины уплачиваются при подаче в Евразийское патентное ведомство ходатайства о проведении экспертизы по существу (800 и 160 долларов США), за подачу возражения при несогласии заявителя с решением об отказе в выдаче евразийского патента (550 и 110 долларов США), а также за выдачу евразийского патента (500 и 100 долларов США). Все указанные выше пошлины уплачиваются в пользу Евразийского патентного ведомства и являются для него одним из источников покрытия расходов на его деятельность.

В дальнейшем Евразийскому патентному ведомству уплачиваются также ежегодные пошлины за поддержание евразийского патента в силе в тех государствах — участниках Конвенции, в которых патентовладелец желает получить (продлить) охрану. Размеры этих пошлин устанавливаются каждым из участвующих в Конвенции государств самостоятельно. Данные пошлины распределяются между Евразийским патентным ведомством и соответствующим государством в пропорции, устанавливаемой Административным советом при условии, что не менее одной пятой от размера пошлины, полученной за каждое указанное патентовладельцем государство, принадлежит Евразийскому патентному ведомству. Национальные патентные ведомства, в которые поданы евразийские заявки, взимают также пошлину за проверку заявок на соответствие требованиям экспертизы по формальным признакам и пересылку заявок в Евразийское патентное ведомство.

4. Африканская организация по интеллектуальной собственности

Еще одной моделью будущей многонациональной системы патентования может служить Африканская организация по интеллектуальной собственности, в рамках которой создана единая патентная служба для ряда африканских стран. По сути дела, она занимается выдачей патентов, действующих в каждой из этих стран.

Г. Объекты патентования

Соглашением по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности расширяются пределы объекта патентования. До принятия Соглашения некоторые страны имели у себя ограниченный список типов патентоспособных изобретений. Многие страны не включали в такие списки изобретения фармацевтического и биотехнологического характера. В ряде стран охраноспособность не распространялась на сферу компьютерного программного обеспечения. В Соглашении ТРИПС сформулирован общий принцип патентоспособности, в соответствии с которым в национальном законодательстве патентной охраной должны охватываться все изобретения за малыми исключениями. Статья 27(1) данного Соглашения предусматривает, что:

«1. В соответствии с параграфами 2 и 3 на патентную охрану могут претендовать изобретения в любой области техники или технологии, независимо от того, что было объектом изобретения — продукт или процесс... В соответствии... с параграфом 3 данной статьи патентные права предоставляются без дискриминации по признаку... области техники или технологии».

Хотя формулировка данного положения и носит самый общий характер, она чрезвычайно важна в отношении двух областей -фармацевтики и биотехнологии. В этом положении нашло отражение сильное лоббирование со стороны США, где сконцентрированы именно эти отрасли. Вопрос о патентовании фармацевтической продукции чрезвычайно противоречив из-за монопольной природы патентной охраны. Считается нормальным, что монополист максимизирует прибыль путем значительного поднятия цены продукта в сравнении с произведенными затратами на его выпуск. И при том, что из-за высокой цены сокращается круг покупателей, высокая прибыль от разницы в цене и затратах перекрывает потери от этого сокращения. Когда речь идет о патентовании видеоигры, купить которую не всякий может себе позволить, социальный эффект не имеет большого значения. Но когда речь идет о жизненно важном лекарстве, больные, которые не могут себе позволить его приобретение, могут умереть. Фармацевтические компании отвечают на это, что без стимулов, которые заложены в самом принципе патентования, они не смогли бы финансировать исследования по созданию новых лекарств. Они утверждают, что в целом система патентования спасает жизни людей в большей степени, чем несет в себе угрозу для них.

В Соглашении ТРИПС содержится несколько исключений в вопросе предоставления

патентной охраны. В статье 27(2) говорится:

«2. Страны—участницы Соглашения могут на своей территории отказывать в патентной охране изобретениям, предупреждение коммерческого использования которых необходимо для защиты общественных интересов и морали, включая защиту жизни и здоровья людей, животного и растительного мира, а также охрану окружающей среды, при условии, что такой отказ не делается только потому, что подобное использование запрещено национальным законом».

Так, например, в Соединенных Штатах действует правило, по которому там не может быть запатентовано ядерное оружие. Очевидно, что у государства есть достаточные причины не поощрять частные исследования способов изготовления ядерного оружия.

В ст. 27(3-а) Соглашения ТРИПС также предусматривается, что страны-участницы могут не признавать патентоспособными диагностические, терапевтические и хирургические методы лечения людей и животных. В этом плане возникают те же проблемы, что и с выпуском лекарств, но уже более серьезные. Клятва Гиппократа, которую приносят врачи, требует от них бескорыстно нести свое умение людям. Добропорядочному врачу было бы очень трудно удержаться от использования диагностических приемов или хирургических методов, которые могут вылечить пациента. Попытки запатентовать что-то подобное непременно разрушительно скажутся на доверии больного к врачу. Вместе с тем для общества важно и необходимо стимулировать развитие медицины, поэтому в ряде стран подобное патентование допускается. В большинстве других стран развитие медицины осуществляется за счет финансирования исследований из общественных фондов.

В ст. 27 (3-б) Соглашения говорится, что страны-участницы могут не распространять режим патентной охраны на сорта растений и породы животных, а также на процессы их выведения (когда не затрагиваются вопросы микробиологии). Но могут и устанавливать режим правовой охраны как путем выдачи патентов, так и путем использования собственных своеобразных систем, либо путем их комбинирования.

Новые сорта растений и породы животных могут быть получены как путем селекции, так и путем генной инженерии. В течение многих лет в большинстве стран идея патентной охраны растений и животных отвергалась на том основании, что заявитель на получение такого патента не мог выполнить требование закона и объяснить, как им было получено изобретение. В некоторых странах принято законодательство, по которому определяются самостоятельные признаки охраноспособности, не требующие раскрытия того, как был достигнут данный результат. Генная инженерия в корне изменила эту ситуацию. В настоящее время стало возможным точно описать, каким именно образом подвергается целенаправленным изменениям генетическая линия для получения новых сортов и пород с полезными качествами. Теперь уже легко можно вписать патентную охрану новых сортов растений и пород животных в нормальную схему патентного права. И дискуссии теперь уже перешли в русло обсуждений того, какую угрозу для окружающей среды может представлять генная инженерия.

В соответствии с п. 2 ст. 4 Патентного закона РФ *объектами изобретения* могут являться' устройство, способ, вещество, штамм микроорганизма, культуры клеток растений и животных, а также применение известного устройства, способа, вещества, штамма по новому назначению. Любое решение задачи, заявляемое в качестве изобретения, должно подпадать под один из названных объектов. Это, во-первых, позволяет отграничивать технические решения от нетехнических и, во-вторых, обеспечивает объективную возможность контроля за использованием охраняемых законом изобретений. Четкое разграничение объектов изобретения имеет важное правовое значение, поскольку вид объекта определяет объем прав патентообладателя, влияет на содержание описания изобретения, специфику контрафактных действий и т.п.

К *устройствам* как объектам изобретения относятся всевозможные конструкции и изделия — машины, приборы, механизмы, инструменты, транспортные средства, оборудование, сооружения и т.д. Под *устройством* понимается *система расположенных в пространстве элементов, определенным образом взаимодействующих друг с другом*. Для характеристики устройств используются конструктивные средства — наличие конструктивных элементов, наличие связи между элементами, их взаимное расположение, форма выполнения элементов или устройства в целом, параметры и другие характеристики элементов, материал, из которого выполнены элементы или устройство в целом, и т.п. По сравнению с другими видами технических решений изобретения-устройства обеспечены наиболее действенным контролем за их фактическим использованием, что и определяет их относительную распространенность.

К *способам* как объектам изобретения относятся процессы выполнения действий над материальным объектом с помощью материальных же объектов. Способ — это *совокупность приемов, выполняемых в определенной последовательности или с соблюдением определенных правил*. Как объект изобретения способ характеризуется технологическими средствами — наличием определенного действия или совокупности действий, порядком выполнения таких действий

(последовательно, одновременно, в различных сочетаниях и т.п.), условиями осуществления действий, режимом использования веществ (исходного сырья, реагентов, катализаторов и т.д.), устройств (приспособлений, инструментов, оборудования и т.д.), штаммов микроорганизмов и т.д.

Способы как процессы выполнения действий над материальными объектами обычно подразделяются на: 1) способы, направленные на изготовление продуктов (изделий, веществ и т.д.); 2) способы, направленные на изменение состояния предметов материального мира без получения конкретных продуктов (транспортировка, обработка, регулирование и т.д.); 3) способы, в результате которых определяется состояние предметов материального мира (контроль, измерение, диагностика и т.д.). Специфика изобретений-способов, направленных на изготовление продуктов, заключается в том, что действие патента, выданного на такой способ, распространяется и на продукт, изготовленный непосредственно этим способом (п. 2 ст. 10 Патентного закона РФ). Что касается способов третьей группы, то с принятием Патентного закона патенты стали выдаваться также на способы профилактики, диагностики и лечения заболеваний, которые ранее охранялись только авторскими свидетельствами.

Вещество представляет собой *искусственно созданное материальное образование, являющееся совокупностью взаимосвязанных элементов*. К веществам как объектам изобретений относятся: 1) индивидуальные химические соединения, к которым также условно отнесены высокомолекулярные соединения и продукты генной инженерии; 2) композиции (составы, смеси); 3) продукты ядерного превращения.

Индивидуальные химические соединения могут заявляться в качестве изобретений тогда, когда установлен их качественный и количественный состав, а также связь между атомами и взаимное их расположение в молекуле, выраженное химической структурной формулой. Индивидуальные соединения с неустановленной структурой, в частности антибиотики, а также объекты генной инженерии характеризуются их физико-химическими и иными свойствами (в том числе способом их получения), позволяющими их идентифицировать.

Для характеристики композиций (сплавы, керамика, смеси любого назначения и т.п.) используются, в частности, такие признаки, как качественный и количественный состав ингредиентов, структура композиции и ингредиентов и т.д. Защита композиций неустановленного состава может быть предоставлена, если определены их физико-химические, физические и утилитарные показатели и признаки способа получения.

Продукты ядерного превращения характеризуются, в частности, качественным (изотоп) и количественным (число протонов и нейтронов) составом, а также основными ядерными характеристиками: период полураспада, тип и энергия получения (для радиоактивных изотопов).

Штамм микроорганизма, культуры клеток растений и животных означает *совокупность клеток, имеющих общее происхождение и характеризующихся одинаковыми устойчивыми признаками*. Штаммы составляют основу биотехнологии и применяются в лечебных, профилактических целях, в качестве стимуляторов развития растений, животных и т.д. Создание штаммов предполагает отыскание нужной среды для микроорганизмов, оптимального температурного режима, выявление средств, способствующих их росту и сохранению, и т.д. К штаммам микроорганизмов, культур клеток растений и животных относятся индивидуальные штаммы (штаммы традиционных микроорганизмов — бактерии, микроскопические грибы, дрожжи и т.д., штаммы микроорганизмов, подпадающих под определение «микроорганизм», — простейшие микроскопические водоросли, микроскопические лишайники, микроскопические беспозвоночные животные и т.д.) и консорциумы микроорганизмов, культур клеток растений и животных (смешанные штаммы микроорганизмов, ассоциации микроорганизмов, смешанные культуры клеток растений и (или) животных и др.).

Для характеристики индивидуальных штаммов микроорганизмов используются, в частности, такие признаки, как культурно-морфологическая характеристика с указанием температуры выращивания и возраста культуры, физико-биохимическая характеристика, биотехническая характеристика и т.д. Индивидуальные штаммы культур растений и животных характеризуются родословной культур, стандартными условиями выращивания, данными о видовой принадлежности и т.д. Консорциумы микроорганизмов дополнительно к перечисленным для индивидуального штамма признакам характеризуются происхождением, факторами и условиями адаптации и селекции, числом и доминирующими компонентами и т.д.

Применение известных ранее устройств, способов, веществ, штаммов по новому назначению состоит в том, что известное техническое средство предлагается использовать с иной целью для решения задачи, которая не имела в виду ни автором, ни другими специалистами, когда впервые стали применять данное устройство, способ, вещество или штамм. Ранее известное средство оказывается способным удовлетворять совсем иную потребность, в связи с чем оно приобретает функцию, существенно отличающуюся от той, которую уже имеет. Изобретение на

применение не характеризуется ни конструктивными, ни технологическими, ни качественными (рецептурными) средствами. Его суть заключается в установлении новых свойств уже известных объектов и определении новых областей их использования. Для характеристики изобретений на применение используются краткая характеристика применяемого объекта, достаточная для его идентификации, и указание нового назначения известного объекта. К применению по новому назначению приравнивается первое применение известных веществ (природных и искусственно полученных) для удовлетворения общественной потребности.

Наряду с объектами изобретений в Патентном законе РФ содержится перечень творческих результатов, которые не признаются патентоспособными изобретениями (п. 3 ст. 4). К ним относятся:

- научные теории и математические методы;
- методы организации и управления хозяйством;
- условные обозначения, расписания, правила;
- методы выполнения хозяйственных операций;
- алгоритмы и программы для вычислительных машин;
- проекты и схемы планировки сооружений, зданий, территорий;
- решения, касающиеся только внешнего вида изделий, направленные на удовлетворение эстетических потребностей;
- топологии интегральных микросхем;
- сорта растений и породы животных;
- решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

Это не означает, что указанные объекты вообще исключаются из сферы правовой охраны. Напротив, большинство из них при соответствии их установленным в законе критериям охраняется правом, однако не в качестве изобретений, а как иные объекты интеллектуальной собственности. Так, проекты планировки сооружений, зданий, территорий охраняются в качестве произведений архитектуры; предложения, определяющие внешний вид изделий, могут быть признаны промышленными образцами; новые сорта растений и породы животных охраняются законодательством о селекционных достижениях; в качестве самостоятельных объектов охраны выступают топологии интегральных микросхем и т.д. Законодатель лишь подчеркивает, что названные объекты не признаются изобретениями. Основной причиной этого для большинства из них служит то, что они не являются техническими решениями задачи, т.е. не подпадают под понятие устройства, способа, вещества или штамма. Если же конкретное решение, будь то решение задачи познания, решение внешнего вида изделия или проект сооружения, обеспечивает тот или иной технический результат, оно может быть признано изобретением.

Особо следует остановиться на решениях, которым не предоставляется правовая охрана ввиду их *противоречия общественным интересам, принципам гуманности и морали*. В отличие от других объектов, не признаваемых изобретениями, указанные решения соответствуют всем критериям патентоспособности, но не охраняются в силу прямого указания закона. Как верно отмечается в литературе, при отнесении решений к противоречащим общественным интересам сами эти «общественные интересы» должны быть отражены в тех или иных правилах, установленных от имени общества уполномоченными на то компетентными органами (например, запрет использования тех или иных веществ, у которых выявлены канцерогенные свойства). В противном случае ссылка на общественные интересы могла бы служить основанием для отказа в патентовании большинства заявляемых решений. Напротив, отрицание патентоспособности по причине противоречия принципам гуманности и морали основывается на нравственных нормах, поддерживаемых только силой общественного мнения (например, по этой причине не патентуются приспособления для азартных игр, орудия самоубийства и т.п.).

В отличие от ранее действовавшего законодательства из перечня неохраняемых решений исключены явно бесполезные изобретения. Что касается изобретений, признаваемых в установленном порядке секретными, то они пользуются правовой охраной. Однако условия предоставления этой охраны, ее объем и порядок обращения с секретными изобретениями в соответствии с п. 5 ст. 3 Патентного закона РФ должны быть определены специальным законодательством.

Д. Условия патентоспособности 1. Введение

В ст. 27 Соглашения ТРИПС устанавливаются три критерия патентоспособности изобретения: 1) новизна; 2) изобретательский уровень («неочевидность») и 3) промышленная применимость. Каждое из указанных требований является значимым только в привязке к определенной дате. Например, телевидение могло стать патентоспособным изобретением в 1890 г.,

а в 1990 г. уже нет. Ниже мы объясним, что датой приоритета изобретения, как правило, будет являться дата подачи патентной заявки.

В соответствии с п. 1 ст. 4 Патентного закона РФ изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо. Как видим, критерии патентоспособности изобретения по российскому законодательству полностью совпадают с требованиями ст. 27 Соглашения ТРИПС. Однако и Соглашение ТРИПС, и Патентный закон РФ оставляют открытым вопрос о том, что же представляет собой изобретение как таковое.

Отечественная наука, равно как и ранее действовавшее законодательство, традиционно рассматривали изобретение в качестве *технического решения задачи*. В этот родовый признак изобретения вкладывался двоякий смысл. С одной стороны, изобретательское предложение должно было не просто ставить ту или иную задачу, а указывать конкретные пути и средства ее решения. С другой стороны, требовалось, чтобы решение задачи было техническим, а не каким-либо иным, в частности организационным или экономическим. При этом акцент делался не на самой задаче, а на сущности ее решения. Иными словами, с помощью изобретения могла решаться любая практическая задача в области техники, сельского хозяйства, культуры, образования и т. д., но исключительно техническими средствами.

Признаваемые законом виды технических решений раскрывались через понятие «*объект изобретения*». К числу объектов изобретения относились устройства, способы, вещества, а также предложения по применению уже известных устройств, способов и веществ по новому назначению. Таким образом, изобретением как техническим решением задачи могло быть признано лишь конкретное работоспособное решение, предложенное в виде устройства, способа, вещества или предложения по использованию этих объектов по новому назначению.

Обращаясь к Патентному закону РФ, легко заметить, что хотя сам термин «техническое решение задачи» в нем и не употребляется, конкретные требования, предъявляемые к изобретениям в соответствии с этим критерием, в Законе присутствуют. Патентный закон РФ, как и прежде законодательство, прямо указывает на возможные объекты изобретения, лишь расширяя их круг за счет штаммов микроорганизмов, культур клеток растений и животных (п. 2 ст. 4). Все они могут быть отнесены к техническим решениям в соответствии с энциклопедическим определением техники как совокупности средств человеческой деятельности, созданных для осуществления процессов производства и обслуживания непрямых процессов общества. Напротив, объединяющим признаком объектов, не признаваемых патентоспособными изобретениями, перечень которых содержится в п. 3 ст. 4 Патентного закона РФ, является их нетехнический характер.

Таким образом, в соответствии с действующим законодательством *изобретением считается всякий достигнутый человеком творческий результат, сущность которого состоит в нахождении конкретных технических средств решения задачи, возникшей в сфере практической деятельности*.

Вопрос о том, охраняется ли данный результат законом, лежит в иной плоскости и сам по себе не играет решающей роли в признании того или иного предложения изобретением. Одни изобретения, которые отвечают предусмотренным законом требованиям, становятся в установленном порядке официально признанными объектами охраны; другие изобретения, которые таким требованиям не соответствуют или хотя бы и соответствуют, но не оформлены в установленном порядке, охраной не пользуются, хотя и не перестают быть из-за этого изобретениями. К числу последних могут быть, в частности, отнесены такие технические решения, которые не обладают объективной новизной, хотя и являются результатами самостоятельной творческой работы; решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали, и др.

Правовой охраной пользуются те изобретения, которые являются новыми, имеют изобретательский уровень и промышленно применимы. Указанные критерии охраноспособности будут рассмотрены ниже более детально.

2. Новизна

Точное определение новизны изобретения оставлено на усмотрение национального патентного законодательства. В различных международных конвенциях по патентному праву специально не уточняется, какие именно сведения должны быть сообщены в подтверждение новизны изобретения. Поэтому в разных странах в решении этого вопроса наблюдаются значительные расхождения. В более строгих правовых системах (действующих, например, в европейских странах) есть критерий абсолютной, т.е. общемировой, новизны. Если о подобном изобретении где-либо публиковалась информация, были сделаны устные сообщения или оно было

общим достоянием, то в таких системах в патенте на изобретение будет отказано. Единственное исключение может быть сделано в случае, если информация об изобретении была раскрыта в нарушение законодательства об охране коммерческой тайны. В некоторых странах не принимаются во внимание такие виды раскрытия информации, как устные сведения. В связи с важной ролью, которую играет европейский рынок, работа над большинством изобретений ведется в обстановке полной секретности с тем, чтобы не ставить под угрозу наличие признака общемировой новизны, а следовательно, и возможность получения европейской патентной охраны. В большинстве стран изобретение отвечает критерию новизны, когда оно в целом не было описано ни в одном источнике. Если сведения об уровне техники, необходимые для достижения результата, каким является изобретение, могут быть получены из сочетания информации из нескольких источников, тогда речь уже должна идти не о новизне, а скорее об «изобретательском шаге или изобретательском уровне» изобретения.

Патентный закон РФ определяет новизну как неизвестность изобретения из сведений об уровне техники (п. 1 ст. 4). Далее раскрывается само понятие «уровень техники»: сведения об уровне техники включают любые сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения.

Данная формулировка позволяет акцентировать внимание на трех основных моментах. Во-первых, при исследовании новизны заявленного решения используются лишь общедоступные сведения, то есть сведения, с которыми может ознакомиться любое заинтересованное лицо. При этом к общедоступным источникам информации, в частности, относятся: опубликованные описания к охраняемым документам; российские издания (с даты подписания в печать); другие издания (с даты выпуска в свет); отчеты о выполнении НИР и ОКР; материалы диссертаций; экспонаты, помещенные на выставках; устные доклады, лекции, выступления; сведения об открытом применении аналогичных решений и т. д. Напротив, всякого рода служебная, закрытая, секретная информация во внимание при исследовании новизны не принимается.

Во-вторых, при проверке новизны учитываются сведения, ставшие общедоступными не только в России, но и в зарубежных странах. Иными словами, новизна изобретения должна носить абсолютный мировой характер.

В-третьих, при определении новизны могут использоваться только те сведения, которые стали общедоступными до даты приоритета изобретения. Вопрос о том, как определяется дата приоритета изобретения, будет рассмотрен чуть ниже.

По общему правилу решение перестает быть новым с того момента, когда сведения о нем опубликованы или решение начинает открыто использоваться. Но самому разработчику предоставляется возможность подать заявку еще в течение шести месяцев, и -она в течение этого срока считается новой.

Предоставление самим разработчикам льготы по новизне обусловлено тем, что нередко до подачи заявки необходимо на практике проверить такие качества решения, как его конкурентоспособность, возможность быстрого промышленного освоения, стоимость внедрения и т.п. Чтобы сделать это в спокойной обстановке и без опасений утратить патентоспособность, заявителям во всем мире предоставляется льготный период, в течение которого они могут проверить наличие у изобретения подобных качеств.

3. Изобретательский уровень

Патентование дорого обходится обществу в том смысле, что для удержания цены на высоком уровне патентообладатель производит свой продукт в объеме меньшем, чем социально оптимальный. Для общества было бы нецелесообразным нести подобные издержки, если бы оно не получало взамен соответствующей компенсации. Идея, которая витает в воздухе и является очевидной, не сулит обществу реальной пользы. Поэтому в Соглашение ТРИПС введено понятие «изобретательский шаг», где под шагом подразумевается серьезное продвижение вперед в уровне знаний. В тексте Соглашения один из критериев патентоспособности изобретения определяется как синонимами такими понятиями, как «изобретательский шаг» или «неочевидность изобретения». При этом последнее понятие заимствовано из патентного права США. В отношении понятия «неочевидное изобретение» возникает вопрос: не очевидное для кого? В большинстве стран законом, иными патентными актами или судебной практикой выведено правило «очевидности для обычного специалиста в данной области». Поскольку в настоящее время изобретения по большей части делаются учеными и инженерами с университетским образованием и учеными степенями, «обычный специалист» сегодня — это уже уровень ученого или инженера, высокопрофессионального в определенной области, а отнюдь не уровень рядового гражданина.

Ясно, что определение того, что является очевидным, субъективно по своей природе. Споры

на данную тему могут возникнуть как в процессе оформления патентной заявки, так и на стадии судебных разбирательств о нарушении патентных прав. Патентная служба может отказать в принятии заявки на изобретение на том основании, что посчитает изобретение очевидным. Если национальное патентное законодательство предусматривает возможность для третьих лиц выдвигать формальные возражения против заявки, оппонент также может их обосновывать очевидностью изобретения. Правда, патентная служба может отвергнуть подобные возражения. В любом из таких случаев мерой защиты будет сначала апелляция к местным органам патентной охраны, а затем уже в вышестоящий суд специальной или общей юрисдикции в столице того государства, где находится патентная служба. И поскольку апелляционные процедуры проходят в сходном порядке, есть вероятность того, что именно судебная практика разных стран породит достаточно единообразные критерии определения очевидности изобретения. Проблема усложняется тем, что есть страны, где существует система разных судов, рассматривающих патентные дела в качестве первой инстанции, и много промежуточных апелляционных инстанций, в юрисдикцию которых входит рассмотрение дел о патентных нарушениях. Ответчики по таким делам, как правило, в каждой инстанции доказывают, что патент не может иметь юридической силы в связи с очевидностью изобретения. В отдельно взятой практике суда общей юрисдикции рассмотрение патентных дел случается достаточно редко, и потому мало вероятно, что из их практики родится критерий определения очевидности изобретения. По этой причине многие эксперты по патентам поддерживают идею создания единых патентных апелляционных судов в каждой стране. По этой же логике предлагается создание единого апелляционного суда для ЕС с юрисдикцией рассмотрения патентных дел, возникающих в странах—членах союза.

В соответствии с п. 1 ст. 4 Патентного закона РФ *изобретение имеет изобретательский уровень, если оно для специалиста явным образом не следует из уровня техники*. Как видим, уровень техники служит исходной базой для определения не только новизны разработки, но и ее изобретательского уровня. Безусловно, это свидетельствует о близости указанных критериев, но отнюдь не означает их совпадения. При анализе уровня техники во время проверки новизны заявленного изобретения выявляются аналоги изобретения и производится сравнение изобретения с каждым из аналогов в отдельности. При определении новизны изобретения не допускается приведение нескольких источников информации для доказывания известности совокупности признаков изобретения.

Напротив, при исследовании того, обладает ли заявленное решение изобретательским уровнем или нет, в расчет может приниматься информация о любых решениях, обладающих признаками, характерными для исследуемого решения. Иными словами, изобретательским уровнем будет обладать лишь то решение, которое имеет признаки, еще не известные из уровня техники. При этом во внимание принимаются только общедоступные сведения. Поданные заявки на изобретение и полезные модели, а также запатентованные в России изобретения и полезные модели, если сведения о них не опубликованы, в уровень техники при исследовании данного критерия не включаются.

Изобретательский уровень, как и новизна, устанавливается на дату приоритета. Заявителю точно так же предоставляется 6-месячный льготный срок, в течение которого, несмотря на обнародование сведений о существовании решения самим разработчиком, оно считается еще не утратившим изобретательский уровень.

При анализе существа критерия «изобретательский уровень» первостепенное значение имеет трактовка понятий «специалист» и «очевидность», через которые он определяется. В Патентном законе РФ понятие «специалист» не раскрывается. Опираясь на опыт тех стран, в патентных законах которых используется эта условная фигура, можно сделать вывод, что под специалистом подразумевается лицо, обладающее доступными средними знаниями в той области, в которой оно работает и к которой относится заявленное изобретение.

Очевидно, что в современных условиях нельзя быть специалистом во всех областях знания, «специалистом вообще». Поэтому при проведении экспертизы изобретательский уровень должен проверяться по всем общедоступным источникам информации, однако в пределах той области знаний, к которой относится заявленное изобретение.

Чтобы быть патентоспособным, изобретение не должно явным для специалистов образом следовать из уровня техники, то есть быть для специалиста очевидным. Очевидное — это значит не выходящее за пределы нормального прогресса в технологии, а само собой разумеющееся или же логически вытекающее из уровня техники, то есть не предполагающее использования изобретательского таланта. Это те решения, к которым способен прийти любой квалифицированный специалист в определенной области техники.

4. Промышленная применимость

Такой критерий патентоспособности изобретения, как промышленная применимость, не имеет единообразного толкования. В Соглашении ТРИПС указывается, что синонимом «промышленной применимости» является понятие «полезность изобретения». Представляется, что оба понятия туманны в равной степени. Есть люди, которые обращаются с патентной заявкой исключительно для того, чтобы сделать это фактом своей биографии. Большинство же заявок делается крупными компаниями после того, как они тщательно взвесили затраты на патентование и предполагаемую прибыль от получения исключительных прав. Таким образом, по большому счету патентование — это некая область расчета прибыли от использования изобретения. Вопросы для обсуждения возникают в ситуации, когда изобретать желает охватить заявкой большую область будущих технологий, не раскрывая при этом информацию настолько, чтобы сделать изобретение применимым. Так, например, возникли споры при попытке запатентовать новый химический компонент, о котором было заявлено только, что «он может быть использован в научных экспериментах». При выдаче патента по такой заявке есть риск, что некто собирает компьютерную базу данных о возможных химических компонентах и просто печатает заявки на каждый из них, не принося реальной пользы обществу.

Согласно Патентному закону РФ признаком изобретения является *промышленная применимость*. Изобретение является промышленно применимым, если оно может быть использовано в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении и других отраслях деятельности. Сам термин «промышленная применимость» не вполне адекватно отражает вкладываемое в него содержание. В России, как и везде, ему дается самое широкое толкование, означающее, по сути дела, возможность практического использования изобретения в любой сфере человеческой деятельности. Следует особо подчеркнуть, что в соответствии с российским Патентным законом промышленно применимыми считаются и методы профилактики, диагностики и лечения заболеваний людей и животных, которые по законодательству многих стран не признаются патентоспособными.

В отличие от признаков новизны и изобретательского уровня критерий промышленной применимости прямо не связывается Законом с уровнем техники и датой приоритета. Между тем такая связь, безусловно, имеется, хотя подход к использованию известных сведений, охватываемых понятием «уровень техники», является иным. Если с точки зрения новизны и изобретательского уровня обязательно должен иметь место выход за пределы уровня техники, то при проверке промышленной применимости должно быть установлено, что изобретение осуществимо именно при данном уровне техники.

Е. Формальные требования к заявке на патентование

1. Введение

Существуют четкие международные стандарты оформления патентной заявки. Главными документами, в которых они изложены, являются Договор о патентной кооперации и Инструкция к нему⁶. Заявки, поступающие в соответствии с процедурами, установленными Договором, и составленные с соблюдением всех формальных требований, должны приниматься участвующими в нем странами, вне зависимости от того, соответствуют эти заявки или нет формальностям, принятым в данной отдельно взятой стране. Например, до подписания Договора о патентной кооперации в США не принимались патентные заявки, выполненные на бумаге формата А4. Действующая Инструкция к Договору предписывает всем странам принимать заявки на бумаге этого формата, если они представляются с соблюдением всех процедур. США были вынуждены после подписания Договора изменить свои правила. Многие страны ввели у себя те же формальности, что и предусмотренные Договором, и стали их применять в отношении заявок, не имеющих международного характера. В целом это серьезно повлияло на процесс унификации оформления патентов. Договором о патентной кооперации и регламентом к нему был введен в действие целый набор специфических требований, касающихся и формы, и содержания патентной заявки.

Статьей 3 (2) Договора предусматривается, что:

«Международная заявка должна содержать, как это предусмотрено в настоящем Договоре и Инструкции, заявление, описание изобретения, формулу изобретения, чертежи (если необходимо) и аннотацию».

Один из важнейших принципов, на которых основана патентная система, состоит в том, что

⁶ См страницу в Интернете <http://www.wipo.org>

непременным условием предоставления правовой охраны той или иной разработке является официальное признание ее объектом патентного права. Само признание может осуществляться разными путями, быть относительно сложным или, напротив, сведенным к предельно упрощенной формальной процедуре, которая, однако, обязательна. *Если изобретение отвечает всем критериям охраноспособности, но официально данный факт не подтвержден, оно патентным правом не охраняется.* В этом состоит одно из важных различий, существующих между патентным и авторским правом. В отличие от авторского права, которое охраняет произведения науки, литературы и искусства с момента придания им объективной формы, допускающей возможность их восприятия другими лицами, патентное право охраняет соответствующие технические и художественно-конструкторские разработки только после официального признания их изобретениями, полезными моделями или промышленными образцами, что предполагает выполнение ряда формальностей. Указанные формальности обычно сводятся к составлению особой заявки на выдачу патента или иного охранного документа на разработку, к рассмотрению данной заявки Патентным ведомством и вынесению решения о выдаче патента. Подобный порядок действует и в России.

Основные принципиальные моменты оформления патентных прав на объекты промышленной собственности закреплены Патентным законом РФ. Более детальное регулирование этих вопросов осуществляется подзаконными актами, в частности Правилами составления, подачи и рассмотрения заявок на выдачу патентов на соответствующие объекты промышленной собственности, утвержденными Патентным ведомством РФ.

Патентная заявка составляется по строго определенным правилам, отступление от которых недопустимо. Само понятие «заявка» является собирательным и охватывает собой ряд отдельных документов. Согласно ст. 16 Патентного закона РФ заявки на выдачу патента на изобретение должны содержать:

- 1) заявление о выдаче патента;
- 2) описание изобретения, раскрывающее его с полнотой, достаточной для осуществления;
- 3) формулу изобретения, выражающую его сущность и полностью основанную на описании;
- 4) чертежи и иные материалы, если они необходимы для понимания сущности изобретения;
- 5) реферат.

При испрашивании конвенционного приоритета к заявке прилагается копия первой заявки, которая может быть представлена не позднее трех месяцев с даты поступления конвенционной заявки в Патентное ведомство.

Заявление о выдаче патента представляется на русском языке. Прочие документы заявки представляются на русском или другом языке. Если документы заявки представлены на другом языке, к заявке прилагается их перевод на русский язык, который может быть представлен не позднее двух месяцев после поступления заявки в Патентное ведомство.

2. Заявление о выдаче патента

Заявление о выдаче патента дает основную информацию об объекте патентования. Оно должно содержать название изобретения (например, телефонный автоответчик), имя и адрес заявителя, а также имя и адрес патентного поверенного заявителя, если таковой имеется. В некоторых странах требуется, чтобы в заявлении указывались имя и адрес изобретателя, если он сам не является заявителем. Существуют и некоторые другие формальности, которые должны быть отражены в заявлении. К их числу относятся просьба об установлении даты приоритета, испрашивание определенного вида охраны и указание на факт подачи (если он имел место) первоначальной (исходной) заявки или на наличие исходного патента. Заявление о приоритете означает (в полном соответствии с Парижской конвенцией) право на использование патентной охраны по дате первого обращения, которое имеет силу правильно оформленной национальной заявки в течение 12 месяцев в любой из стран — участниц Парижской конвенции. Таким образом, если заявитель подал одну заявку 4 января 2000 г. в Японии, а другую в Канаде 28 декабря 2000 г., то считается, что он подал заявку в Канаде 4 января 2000 г. Но приоритет предоставляется не автоматически, поскольку патентное ведомство одной страны не может знать о заявках, поданных в такие же ведомства других участвующих в Конвенции стран. Таким образом, чтобы воспользоваться правом приоритета по Парижской конвенции, заявитель должен включить информацию о подаче заявки в другой стране, на основании чего он и притязает на приоритет.

В некоторых странах существует несколько видов патентов, в их число входят, например, обычный патент, патент на полезную модель и патент на промышленный образец. Поэтому в

заявлении должен быть указан именно тот объект, на который испрашивается патентная охрана. Законодательство отдельных стран по-разному трактует вопрос и о различных объектах охраны, и о том, может ли она одновременно предоставляться одному или нескольким объектам. При определенных обстоятельствах на поданную патентную заявку может распространиться приоритет ранее поданной заявки. В некоторых странах процедурой оформления (в качестве альтернативы к внесению в заявку изменений и дополнений) предусматривается возможность подачи новой, пересмотренной заявки взамен ранее поданной. Законодательством также предусматривается, что в случае включения в заявку двух разных изобретений, они разделяется на две отдельные заявки, каждая из которых получает приоритет по первоначальной дате подачи. Это важно с точки зрения техники классификации и индексирования запатентованных изобретений и учета уплаты пошлин по ним. Если при описании сути изобретения при первом обращении были правильно отображены все нужные детали, правильность датирования последующих обращений по дате первой подачи не вызывает сомнений. Сложные с правовой точки зрения вопросы возникают в случаях последующих обращений при определении наличия в них новых идей, не входивших в первоначальную заявку, и того, может ли по новому обращению быть использована дата приоритета первого обращения.

Заявление о выдаче патента по своему существу есть просьба заявителя, обращенная к Патентному ведомству, о предоставлении правовой охраны разработке, сущность которой раскрыта в описании. В заявлении включаются сведения о названии разработки, о предполагаемом патентообладателе, а также о заявителе и об авторе. В частности, указываются их полное имя (наименование), местожительство (местонахождение), адрес для переписки. Следует подчеркнуть, что данные об авторе (авторах) разработки приводятся в заявлении в обязательном порядке, хотя бы впоследствии автор (авторы) и откажется быть упомянутым в качестве такового в публикуемых сведениях о заявке. Применяемая в российском патентном законодательстве типовая форма заявления о выдаче патента не предусматривает места для особого утверждения автора (авторов) о том, что именно он (они) является или, по крайней мере, искренне верит в то, что является первым и действительным создателем разработки, хотя это и предполагается. Кроме того, в заявлении содержатся: а) просьба об установлении даты приоритета по конкретной дате (дате поступления заявки, дате подачи первой заявки в стране — участнице Парижской конвенции по охране промышленной собственности и т.д.); б) сведения о патентном поверенном; в) мнение заявителя о возможности открытой публикации сведений о разработке.

Заявление подписывается заявителем или патентным поверенным, если заявка подается через последнего. Если заявитель — юридическое лицо, заявление подписывается руководителем организации или лицом, на это уполномоченным; указывается должность подписывающего лица, и подпись скрепляется печатью организации.

3. Описание изобретения

Основная идея патентного права состоит в том, что обладателю права на изобретение на ограниченный период времени предоставляются исключительные права в обмен на передачу в будущем данного изобретения в общественное пользование. Так, по истечении срока действия патента на электрическую лампу Томаса Эдисона изготовлением таких ламп мог заняться любой. Эта главная цель патентного права может быть реализована, только если изобретатель во всех деталях четко опишет свое изобретение. Кроме этого, патентное право многих стран предусматривает обязательное наличие такого признака изобретения, как промышленная применимость, или полезность. Без подробного описания трудно определить, отвечает ли изобретение указанному критерию. Например, в качестве изобретения может быть представлен «вечный двигатель», который по определению не может работать, поскольку противоречит законам физики. Но без подробного описания патентное ведомство не в состоянии определить, является ли это изобретение промышленно применимым. Требования к описанию изобретения изложены в ст. 29(1) Соглашения ТРИПС:

«Страны — участницы настоящего Соглашения будут требовать от заявителя настолько ясного и полного описания изобретения, что оно может быть понято рядовым специалистом в данной области. Страны могут потребовать от заявителя также и указания наилучшего способа осуществления изобретения на дату подачи заявки или, если это заявление об установлении даты приоритета, на эту дату».

Требование указания «наилучшего способа осуществления изобретения» нацелено на то, чтобы общество получило максимальную пользу в своих отношениях с изобретателем. В

противном случае изобретатель может указать какой-либо второстепенный способ, утаив наилучший либо как коммерческую тайну, либо позже прибегнув к его патентованию, чем получит дополнительную для себя выгоду за счет удлинения срока патентной охраны.

Детальные требования к описанию изобретения, как правило, похожи на те, что изложены в Правиле 5 Инструкции к Договору о патентной кооперации:

«а) Описание должно начинаться с названия изобретения в том виде, как оно указано в заявлении. Описание должно:

I. указывать область техники, к которой относится изобретение, и специальность, которая, по мнению заявителя, может считаться соответствующей для понимания, поиска и экспертизы изобретения, и по мере возможности, содержать ссылку на документы, определяющие профиль такой специальности;

II. раскрывать сущность заявленного изобретения в таких терминах, чтобы могли быть поняты техническая задача (даже если она не выражена как таковая) и ее решение, а также описывать технический результат осуществления изобретения;

III. содержать перечень фигур и чертежей (если они необходимы);

IV. указывать на наилучший, по мнению заявителя, способ осуществления изобретения, что должно быть сделано с приведением примеров, где это уместно, и со ссылками на рисунки и чертежи, если таковые имеются;

V. четко указывать, когда это не ясно из описания изобретения или его природы, пути промышленного применения и способы его изготовления или использования либо, если оно может только использоваться, способы этого. Смысл термина «промышленный» должен пониматься в том широком значении, как он трактуется в Парижской конвенции по охране промышленной собственности;

б) способы и порядок описания изобретения, указанные в параграфе (а), должны соблюдаться за исключением случаев, когда природа изобретения, иной способ или иной порядок описания приведут к лучшему пониманию его сути и более экономичному осуществлению;

в) в связи с положениями параграфа (б) каждую часть описания, на которую есть указание в параграфе (а), предпочтительнее начинать с соответствующего подзаголовка...»

Описание изобретения является центральным документом заявки и по российскому законодательству. Описание должно раскрывать сущность разработки с полнотой, достаточной для ее осуществления, и подтверждать формулу изобретения. Описание разработки составляется по определенной схеме, отступление от которой недопустимо.

Описание изобретения начинается с указания его названия и индекса рубрики действующей редакции Международной патентной классификации (МПК), к которой относится заявляемое изобретение, и содержит следующие разделы:

область техники, к которой относится изобретение;

уровень техники;

сущность изобретения;

перечень фигур чертежей и иных материалов (если они прилагаются);

сведения, подтверждающие возможность осуществления изобретения.

Не допускается замена какого-либо раздела описания или его части отсылкой к источнику, в котором содержатся необходимые сведения, например к литературному источнику, описанию к ранее поданной заявке, к описанию к охранному документу и т.п.

Название изобретения должно быть кратким и точным, связанным с его назначением, соответствующим сущности изобретения и, как правило, определенной рубрике МПК. Название излагается в единственном числе, кроме случаев, когда употребляемый термин не имеет единственного числа либо относится к химическим соединениям, охватываемым общей структурной формулой.

В разделе описания «Область техники, к которой относится изобретение» указывается область применения разработки. Если таких областей несколько, указываются те области, в которых разработка может преимущественно применяться.

Уровень техники раскрывается в описании путем характеристики аналогов изобретения, с выделением среди них аналога, наиболее близкого к изобретению по совокупности признаков (прототип). Аналог изобретения — это средство такого же назначения, известное из сведений, ставших общедоступными до даты приоритета изобретения, и характеризующееся совокупностью признаков, сходных с совокупностью существенных признаков изобретения. При описании каждого из аналогов приводятся библиографические данные источника информации, в котором он раскрыт, признаки аналога с указанием тех из них, которые совпадают с существенными признаками заявляемого изобретения, а также указываются известные заявителю причины, препятствующие

получению требуемого технического результата. Если аналогов несколько, то последним описывается прототип.

В разделе «Сущность изобретения» подробно раскрывается задача, на решение которой направлено заявляемое изобретение, а также описывается тот технический результат, который может быть получен при ее осуществлении. В этом разделе указываются все существенные признаки, характеризующие разработку, с выделением признаков, отличительных от прототипа. В описании должно быть показано наличие причинно-следственной связи между совокупностью существенных признаков заявляемой разработки и ее достигаемым техническим результатом. При раскрытии сущности изобретения рекомендуется указывать и другие известные заявителю виды технических результатов, в том числе в частных случаях, в конкретных формах его выполнения или при особых условиях использования.

Технический результат может выражаться, в частности, в уменьшении крутящегося момента, в снижении коэффициента трения, в предотвращении заклинивания, снижении вибрации, повышении противоопухолевой активности, локализации действия лекарственного препарата и т.п.

Перечень фигур чертежей и иных материалов как особый раздел описания кроме перечня всех фигур графических изображений должен содержать краткое указание на то, что изображено на каждой из них. Если представлены иные материалы, поясняющие сущность изобретения, приводится краткое пояснение их содержания.

В разделе «Сведения, подтверждающие возможность осуществления изобретения» обосновывается возможность получения указанного в разделе «Сущность изобретения» технического результата. Возможность осуществления разработки, сущность которой характеризуется с использованием признака, выраженного общим понятием, подтверждается либо описанием непосредственно в материалах заявки средства для реализации такого признака и методов его получения, либо указанием на известность такого средства или метода его получения. При использовании для характеристики разработки количественных признаков, выраженных в виде интервала значения, показывается возможность получения технического результата в этом интервале. Для обеспечения максимального объема прав интервал значений целесообразно выбирать исходя из условия отсутствия за его пределами возможности получения указанного технического результата. Возможность осуществления изобретения, относящегося к штамму микроорганизма, культуре клеток или к способу, в которых он используется, подтверждается указаниями на то, как или где может быть получен соответствующий штамм. Возможность получения штамма может быть подтверждена, в частности, представлением документа о депонировании, оформленного в установленном порядке, при этом дата депонирования должна предшествовать дате приоритета изобретения.

4. Формула изобретения

Каждая патентная заявка должна содержать формулу изобретения, состоящую из одного или нескольких пунктов. Формула — это сжатое изложение сущности изобретения. Она определяет объем правовой охраны того объекта, на который испрашивается патент. Если описание такого изобретения, как, например, новый механизм крепления приманки к мышеловке, может содержать описание и самой мышеловки, и нового механизма крепления, то формула должна содержать лишь описание новых принципов крепления как совокупности существенных признаков изобретения. Точность и ясность формулы служат нескольким целям. Работники патентных служб, в которые подается заявка, должны быть в состоянии оценить новизну и изобретательский уровень изобретения. Это же должны быть в состоянии сделать и третьи лица, которые могут стать оппонентами изобретения после опубликования заявки. После выдачи патента обществу нужно знать, в чем суть изобретения, чтобы избежать нарушения охраняемых патентом прав. В ст. 6 Соглашения ТРИПС говорится, что «пункт или пункты формулы должны определять объект, на который испрашивается охрана. Все пункты формулы изобретения должны быть ясными и точными. Они должны полностью подкрепляться описанием изобретения». В п. 6 Договора о патентной кооперации содержится более детальное изложение требований, которые в целом сходны с требованиями, выдвигаемыми большинством национальных патентных служб⁷.

Лучше всего понять, как составляется формула изобретения, можно на конкретном примере. Вот как выглядят пункты формулы из патента США № 5 709 491⁸. Данный патент, озаглавленный «Ластик в форме карандаша», основан на простой идее размещения шарикового стержня в

⁷ См. страницу в Интернете: <http://www.wipo.org>

⁸ Полный текст данного патента и диаграммы к нему, равно как и все другие патенты, выданные в США после 1976 г., можно найти в Интернете по адресу: <http://www.uspto.gov>

резиновой оболочке. Пункты формулы выглядят следующим образом:

«1. Пластинчатый ластик из резины для стирания пометок имеет удлиненную форму, которая по продольной оси тела ластика содержит в себе отверстие определенной длины, куда вставляется соответствующий контейнер с чернилами и шариковой головкой.

С одной стороны отверстие заканчивается конусовидным рукавом из прочного материала с удерживающим желобком, в который выходит шариковая головка, при нажатии выступающая из конуса рукава.

2. Пластинчатый ластик для стирания пометок из резины имеет удлиненную форму, которая по продольной оси тела ластика содержит в себе отверстие, куда вставляются несколько соответствующих ему контейнеров с чернилами и шариковыми головками.

С одной стороны отверстие заканчивается конусовидным рукавом из прочного материала с удерживающим желобком, в который выходит соответствующая шариковая головка, при нажатии выступающая из конуса рукава.

3. Пластинчатый ластик, как он описан в пункте 2, на втором его конце имеет закольцованные пазухи, позволяющие использовать чернильные контейнеры по очереди».

Эти пункты формулы изобретения составлены в точном соответствии с пунктом 6.3 Инструкции к Договору о патентной кооперации, где в подпункте «а» говорится, что «в определении существенных признаков, на которые испрашивается охрана, должны быть выражены технические признаки изобретения». В нашем случае технические признаки — это шариковая головка и чернильный контейнер. Цитируемое положение в подпункте «б» гласит, что:

«там, где это нужно, формула должна содержать: (i) указание на те технические признаки изобретения, которые необходимы для уяснения его формулы, которые в совокупности совпадают с признаками прототипа; а также

(ii) указание на новые технические признаки, которые следует •предварять словами «характеризуется тем, что», «особенность в том, что», «отличается тем, что» и другими выражениями этого же смысла, четко указывающими на существенные признаки, которые отличают разработку, и на которые в совокупности с признаками п. (i) распространяется объем испрашиваемой охраны».

В нашем примере пункт формулы о «пластинчатом ластике» нужен для определения сути изобретения, но сам по себе ластик — вещь уже известная. Этот пункт формулы связан с существенными признаками словами «содержит в себе». Изобретатель предъявляет к охране два существенных признака своей разработки: во-первых, ластик содержащий в себе один контейнер с чернилами и, во-вторых, ластик с двумя или несколькими контейнерами. Далее изобретатель приводит третий пункт формулы своего изобретения в виде зависимого пункта формулы (или зависимого притязания) для того, чтобы более четко представить содержание второго пункта формулы и показать механизм выбора любого из нескольких чернил. Пункт 6.4 (а) Инструкции к Договору о патентной кооперации следующим образом определяет понятие зависимого пункта формулы изобретения или зависимого притязания:

«Любой пункт формулы, который включает в себя все черты одного или всех других пунктов (т.е. пункт, зависимый по форме, далее по тексту упоминаемый, как «зависимый пункт»), будет использоваться со ссылкой, желательно даваемой вначале, на другой или другие независимые пункты формулы изобретения, и только после этого в нем будут излагаться зависимые (дополнительные) признаки».

Преимуществом зависимых пунктов является то, что назначение разработки, изложенное в независимом пункте, здесь дается сокращенно, в виде ссылки.

В некоторых случаях зависимые пункты могут касаться не одного, а нескольких независимых пунктов. В таком случае мы имеем дело с многозвенной формулой, содержащей пункты множественной зависимости. Во избежание неоправданных сложностей, п. 6.4.(б) Инструкции устанавливает ограничения в использовании пунктов множественной зависимости:

«Любой зависимый пункт, который сопрягается более чем с одним независимым пунктом (т.е. пункт множественной зависимости), должен увязываться с независимыми пунктами исключительно на альтернативной основе. Пункты множественной зависимости не должны служить основанием увязки с другими зависимыми пунктами...»

Еще один патент, взятый для примера, может проиллюстрировать использование пункта о множественной зависимости в многозвенной формуле — патент США № 4 350 787 «Ластик из термопластика». Прошу читателя не задумываться над техническими терминами, используемыми в данном примере, а обратить внимание на форму подачи пунктов формулы изобретения:

1. Ластик состоит из наполнителя, наружного слоя из термопластической синтетической резины и обычных добавок. Новыми компонентами, добавленными в наружный слой, являются полимерный стирен-изопрен-стирен, доля стирена в котором занимает от 10 до 20% веса, и

полинонборнин, по весу занимающий от 0,5 до 5%.

2. К составу ластика, указанному в пункте 1, добавляется стереоспецифичный жидкий, с низкой вязкостью полибутадиеи, от 1 до 25% веса.

3. В составе ластика, указанного в пункте 2, полибутадиеи с низкой вязкостью имеет молекулярный вес от 1000 до 4000 и вязкость от 700 до 3000 mPas

4. Ластик из низковязкого полибутадиеи, указанный в пунктах 1, 2 или 3, имеет от 70 до 80% 1,4 cis двойных связей, от 15 до 30% 1,4 двойных транссвязок и от 1 до 5% виниловых двойных связей.

5. В общем весе ластика, указанного в пунктах 1,2 или 3, содержится от 5 до 20% фактиса.

6. В весе ластика, указанного в пунктах 1, 2 или 3, содержится от 5 до 20% нефтоиных масел.

7. В весе ластика, указанного в пунктах 1, 2 или 3, содержится от 1 до 20% парафина.

Итак, мы видим, что пункты с 4 по 7 представляют собой пункты множественной зависимости с пунктами 1, 2 и 3. Структура пунктов упрощена с тем, чтобы каждый зависимый пункт увязывался сразу с тремя независимыми пунктами.

Важной частью заявки на выдачу патента на изобретение является *формула изобретения*, которая определяет объем правовой охраны, предоставляемой патентом на изобретение. В формуле приводится характеристика разработки, выражающая ее сущность, т.е. содержащая совокупность ее существенных признаков, достаточных для достижения указанного заявителем технического результата. Формула излагается в виде логического определения изобретения совокупностью всех его существенных признаков. Признаки в формуле выражаются таким образом, чтобы обеспечить возможность их идентификации.

По структуре формула может быть *однозвенной*, т.е. состоящей из одного пункта, или *многозвенной*, т.е. состоящей из нескольких пунктов, которые находятся друг с другом в определенной зависимости. Однозвенная формула применяется для характеристики одного изобретения совокупностью существенных признаков, не имеющей развития или уточнения применительно к частным случаям его выполнения или использования. Многозвенная формула применяется для характеристики одного изобретения с развитием и (или) уточнением совокупности его существенных признаков применительно к частным случаям выполнения или использования изобретения или для характеристики группы изобретений.

Многозвенная формула, характеризующая одно изобретение, имеет один независимый пункт и следующий (следующие) за ним зависимый (зависимые) пункт (пункты). Многозвенная формула, характеризующая группу изобретений, имеет несколько независимых пунктов, каждый из которых характеризует одну из разработок группы. При этом каждое изобретение группы может быть охарактеризовано с привлечением зависимых пунктов, подчиненных соответствующему независимому.

В независимый пункт формулы включается совокупность существенных признаков, достаточных для получения технического результата, проявляющегося во всех случаях, на которые распространяется испрашиваемый объем правовой охраны. Он состоит, как правило, из ограничительной части, включающей существенные признаки, совпадающие с признаками прототипа, в том числе родовое понятие, отражающее назначение изобретения, и отличительной части, включающей существенные признаки, которые отличают разработку от наиболее близкого аналога.

При составлении независимого пункта формулы после изложения ограничительной части вводится словосочетание «отличающийся (еся) тем, что», непосредственно после которого излагается отличительная часть. Примером может служить следующая простейшая формула:

«Способ изготовления печатных схем, заключающийся в том, что на заранее заготовленную матрицу, имеющую рельефные токопроводящие дорожки, гальваническим путем наносят слой меди, который затем переносят на подложку, отличающийся тем, что перед покрытием матрицу смачивают раствором хромсодержащего соединения».

В отдельных случаях, в частности при составлении формул индивидуальных соединений, штаммов микроорганизмов, культур клеток растений и животных, применении ранее известных устройств, способов, веществ и штаммов по новому назначению, а также изобретений, не имеющих аналогов, они не подразделяются на ограничительную и отличительную части.

В зависимый пункт формулы включаются существенные признаки, характеризующие изобретение в частных случаях его выполнения или использования. Зависимый пункт формулы включает родовое понятие, отражающее назначение разработки, изложенное, как правило, сокращенно по сравнению с приведенным в независимом пункте, и ссылку на независимый и (или) зависимый пункт (пункты), к которому оно относится. При подчиненности зависимого пункта нескольким пунктам формулы ссылки на них указываются с использованием альтернативы. Иными словами, в качестве прототипа решений, раскрываемых в зависимых пунктах формулы, выступает

то решение, которое охарактеризовано в независимом или другом предшествующем пункте формулы. Это позволяет не воспроизводить все признаки, уже отраженные в независимом или ином пункте формулы, а ограничиться общим указанием типа: «Устройство по п. 1, отличающееся тем, что матрицу смачивают раствором двуокиси калия с концентрацией 1 г/л».

Ж. Предварительная экспертиза патентной заявки

Поступающая в патентное ведомство заявка подлежит регистрации и экспертизе. Сначала проводится формальная экспертиза, устанавливающая соответствие заявки формальным требованиям по оформлению, и проверяется факт уплаты пошлины. Обычно, проблемы несоответствия оформления заявки установленным требованиям возникают у изобретателей-любителей, которые намерены пройти процедуру самостоятельно. Профессиональные патентные поверенные используют специальное программное обеспечение, позволяющее проводить всю работу на компьютере, который автоматически устанавливает и нужный размер страниц, и поля, и отражает по пунктам все необходимые требования, включая такие элементы, как описание и формула изобретения. Как правило, если возникает формальная ошибка, заявителю разрешается ее устранить, но в некоторых случаях такое разрешение дается лишь в отношении исправления даты приоритета.

С принятием Договора о патентной кооперации ситуация значительно упростилась, поскольку в Инструкцию к Договору вошла стандартная форма заявки на патент, которой должны пользоваться все страны—участницы Договора. Более того, в проекте Договора о принятии Международного патентного закона⁹ предусматривается, что будут упрощены и согласованы национальные правила с тем, чтобы сократить количество формальных требований и сделать их максимально единообразными. Будущие реформы, несомненно, сделают возможным полную компьютеризацию всего процесса обработки заявок. В настоящее время патентные службы занимаются разработкой компьютерных программ, с помощью которых можно было бы автоматически проверять соблюдение формальных требований.

На начальной стадии экспертизы многие патентные ведомства проверяют изобретения на предмет наличия в них секретности. Например, заявка, содержащая описание улучшенного дизайна подводной лодки, будет направлена в специальный отдел ведомства, занимающийся секретными вопросами. Многие страны выдвигают требование о том, чтобы сходная с выявлением секретности процедура имела место и в отношении подачи заявок за границу. Изобретателю, например, новой системы слежения за ракетами будет отказано в праве подавать заявку за рубежом.

Формальная (предварительная) экспертиза заявки на изобретение проводится Патентным ведомством РФ в соответствии с п. 1—5 ст. 21 Патентного закона РФ, конкретизированными в Правилах составления, подачи и рассмотрения заявки на выдачу патента на изобретение. В ходе проведения формальной экспертизы заявки проверяется: а) наличие необходимых документов; б) правильность их составления; в) относимость заявленного предложения к изобретениям; г) соблюдение требования единства изобретения; д) не изменяют ли дополнительные материалы, если они представлены, сущность заявленного объекта промышленной собственности и соблюден ли установленный порядок их представления; е) правильность классифицирования изобретения по МПК; ж) соблюдение порядка подачи заявки через патентного поверенного, включая наличие и правильность оформления доверенности, удостоверяющей полномочия патентного поверенного. Кроме того, в результате формальной экспертизы обычно устанавливается дата приоритета заявки, если только заявителем не испрашивается более ранний приоритет по сравнению с датой поступления основных материалов.

По общему правилу формальная экспертиза заявки проводится по истечении двух месяцев с даты ее поступления в Патентное ведомство (п. 1 ст. 21 Патентного закона РФ). Такая отсрочка в проведении экспертизы установлена в интересах заявителей, которые в соответствии со ст. 20 Патентного закона РФ в течение двух месяцев пользуются правом внесения в материалы заявки исправлений и уточнений без изменения существа заявленного изобретения и при условии, если эти исправления или уточнения не направлены на устранение нарушения установленных требований к документам заявки. Вместе с тем по желанию заявителя, выраженному в его письменном ходатайстве к Патентному ведомству, формальная экспертиза может быть начата до истечения указанного двухмесячного срока. Если заявителем представлены дополнительные материалы по заявке, в процессе формальной экспертизы проверяется, не изменяют ли они сущность заявленной разработки. Дополнительные материалы в части, изменяющей сущность заявленной разработки, например, содержащие новые признаки, включаемые в формулу изобретения, при рассмотрении

⁹ См. страницу в Интернете <http://www.wipo.org>

заявки во внимание не принимаются и могут быть оформлены заявителем в качестве самостоятельной заявки.

Конкретный срок, в течение которого должна быть завершена формальная экспертиза, Патентным законом РФ не установлен, что следует признать упущением законодателя. На практике средний срок рассмотрения принятых заявок на стадии формальной экспертизы составляет 1,8 месяца.

На основании результатов формальной экспертизы может быть принято одно из следующих решений. Если заявка подана на разработку, относящуюся к изобретениям, в состав заявки входят все необходимые документы и эти документы правильно оформлены, выносится положительное решение. Заявитель уведомляется о положительном решении формальной экспертизы и установлении приоритета в соответствии с закрепленными законом правилами. При нарушении заявителем требования единства разработки ему предлагается в течение двух месяцев с даты получения им соответствующего уведомления сообщить, какое из содержащихся в заявке решений должно рассматриваться, и при необходимости внести уточнения в документы заявки. Другие решения, вошедшие в материалы первоначальной заявки, могут быть оформлены выделенными заявками. В случае если заявитель в течение двух месяцев после получения уведомления о нарушении требования единства не сообщит, какое из предложений необходимо рассматривать, и не представит уточненных документов, проводится рассмотрение объекта, указанного в формуле первым.

Если в результате формальной экспертизы будет установлено, что заявка оформлена на предложение, которое не относится к изобретениям, принимается решение об отказе в выдаче патента. До вынесения решения заявителю может быть направлен запрос с приведением доводов, которые могут послужить основанием для отказа в выдаче патента, ссылок на соответствующие источники информации, если они необходимы, и предложением опровергнуть приведенные доводы. Отказ в выдаче патента по данному основанию является новым положением российского патентного права, так как ранее подобная заявка просто не принималась к рассмотрению. На указанное решение может быть подано возражение в Апелляционную палату Патентного ведомства в течение двух месяцев с даты его получения заявителем. За подачу возражения взимается особая пошлина. Возражение должно быть рассмотрено Апелляционной палатой в течение двух месяцев с даты его поступления. Решение Апелляционной палаты, в свою очередь, может быть обжаловано в Высшую патентную палату Роспатента.

В процессе формальной экспертизы заявленный объект промышленной собственности может быть признан секретным. В этом случае заявитель уведомляется о невозможности предоставления ему правовой охраны в соответствии с Патентным законом РФ.

По заявке, оформленной с нарушением требований к ее документам, заявителю направляется запрос с предложением в течение двух месяцев с даты его получения представить исправленные или отсутствующие документы. Основаниями для запроса могут быть: а) отсутствие в материалах заявки каких-либо документов из перечисленных в ст. 16, 19 Патентного закона РФ; б) выявление органом, осуществляющим экспертизу, необходимости внесения в заявку уточнений. Необходимость уточнения заявки может быть, в частности, обусловлена: 1) наличием таких недостатков в оформлении и содержании документов, которые делают невозможным использование этих документов в соответствии с их назначением; 2) отсутствием в документах реквизитов и подписей, предусмотренных действующими правилами; 3) установлением, что заявка подана через патентного поверенного, не зарегистрированного в Патентном ведомстве РФ, и т.д.

Исправление и дополнение заявки должны быть сделаны заявителем в двухмесячный срок с даты получения запроса. По ходатайству заявителя указанный срок может быть продлен при условии уплаты специальной пошлины.

В случае если заявитель в установленный срок не представит запрашиваемые материалы или ходатайство о продлении этого срока, заявка признается отозванной. Заявитель пользуется правом отозвать свою заявку на изобретение и по собственной инициативе. Для этого ему достаточно подать в Патентное ведомство письменное заявление. Заявитель уведомляется об удовлетворении просьбы, а делопроизводство по заявке прекращается.

Как известно, с принятием Патентного закона РФ заявки на выдачу патентов на изобретения стали рассматриваться по так называемой отложенной или отсроченной экспертизе. Поэтому по окончании формальной экспертизы заявки с положительным результатом она не передается автоматически на экспертизу по существу, а откладывается до поступления от заявителя специального ходатайства о проведении такой экспертизы. При этом по истечении 18 месяцев с даты поступления заявки Патентное ведомство

публикует сведения о заявке, после чего любое лицо вправе ознакомиться с ее материалами.

Введение подобного правила, которое характерно для патентного законодательства многих европейских стран, продиктовано в основном двумя соображениями. С одной стороны, это стремление быстрее ознакомить специалистов с новейшими техническими достижениями, причем со всеми, а не только теми, которые в последующем будут признаны патентоспособными. С другой стороны, всем третьим лицам предоставляется возможность заявить о своих возражениях против выдачи патентов на те изобретения, которые не обладают новизной, изобретательским уровнем, промышленной применимостью либо которые заявлены с нарушением прав разработчиков или иных лиц, имеющих права на разработку, в частности работодателей в отношении служебных разработок, наследников авторов и т.д.

Очевидно, однако, что публикация материалов заявки до выдачи патента способна нанести вред заявителю, который еще не имеет исключительных прав на разработку. В этой связи заявленному изобретению с даты публикации сведений о заявке до даты публикации сведений о выдаче патента предоставляется *временная правовая охрана* в объеме опубликованной формулы. Временной данная охрана называется потому, что в случае выдачи патента он действует с обратной силой с даты подачи заявки. Если же будет принято решение об отказе в выдаче патента, возможности обжалования которого исчерпаны, временная правовая охрана считается ненаступившей.

Суть временной охраны заключается в том, что сам заявитель имеет право использовать заявленное изобретение, если такое использование не нарушает прав, вытекающих из действующих патентов. Что касается других лиц, то, поскольку заявитель еще не имеет исключительных прав на изобретение, использование ими изобретения формально не является правонарушением на этот момент. Однако они должны учитывать, что, если заявителю будет выдан патент, их действия будут нарушением его исключительных прав. Патентообладатель может потребовать от них, во-первых, прекращения дальнейшего использования изобретения и, во-вторых, выплаты денежной компенсации за использование изобретения в период временной охраны. Размер этой компенсации определяется соглашением сторон, а при недостижении соглашения устанавливается судом.

Поэтому при использовании изобретения, являющегося предметом опубликованной заявки, третьим лицам целесообразно заранее согласовать этот вопрос с заявителем, оговорив при этом и размер причитающейся заявителю компенсации. Выплата указанной компенсации производится, как правило, после получения патента на изобретение. Если патент заявителю не будет выдан, то соглашение утрачивает силу, а выплаченные суммы подлежат возврату пользователю. Но если соглашение о компенсации за использование изобретения в период временной охраны предусматривало передачу пользователю дополнительных сведений об изобретении, секретов производства, опыта работы заявителя и т.п., данный вопрос решается дифференцированно применительно к самой разработке, с одной стороны, и переданным дополнительным сведениям, составляющим коммерческую тайну, с другой стороны.

Предельный срок действия временной охраны составляет три года. В течение этого срока заявитель, а также любое третье лицо могут подать в Патентное ведомство ходатайство о проведении экспертизы заявки по существу. Если ходатайство о проведении экспертизы по существу не будет подано в указанный срок, заявка считается отозванной, а временная правовая охрана заявленного изобретения — прекратившейся.

3. Дата приоритета

На начальной стадии рассмотрения заявки, после того как она принята по форме и получен документ, подтверждающий уплату пошлины, патентным ведомством оформляется дата приоритета заявки. Практически во всех странах патентуемое изобретение проверяется по критериям новизны, изобретательского уровня и промышленной применимости на дату приоритета. В случае если на одно изобретение подаются две заявки, выигрывает заявка, имеющая более раннюю дату приоритета. Вот почему дата приоритета так важна.

Как правило, дата приоритета заявки - это дата внесения ее в реестр патентного ведомства. Патентная заявка может получить и более раннюю дату приоритета, если испрашивается приоритет по дате подачи первой заявки в государстве—участнике Парижской конвенции либо Договора о патентной кооперации. Для изобретателя приоритет по наиболее ранней дате чрезвычайно важен. Во многих странах законом предусмотрена возможность подачи так называемой предварительной заявки в упрощенном формате только с тем, чтобы закрепить дату приоритета. В Соединенных Штатах действует сложная система, в рамках которой изобретатель при определенных условиях может испрашивать приоритет с даты совершения изобретения, а не с даты приоритета заявки на

него. США — это, несомненно, один из самых выгодных рынков для большинства изобретений. И поэтому, пока США не сделают свою систему патентования такой же, как и в других странах, изобретатели всего мира должны быть готовы доказать дату изобретения, чтобы использовать приоритет по американскому патентному праву

В соответствии с российским законодательством *приоритет изобретения* устанавливается, по общему правилу, по дате поступления в Патентное ведомство заявки, содержащей заявление о выдаче патента, описание, формулу и чертежи, если в описании на них имеется ссылка (п. 1 ст. 19 Патентного закона РФ). Как видим, для закрепления приоритета заявитель может подать в Патентное ведомство заявку, в которой отсутствует ряд требуемых по закону документов. Это новое положение в российском патентном законодательстве, призванное упростить и ускорить процедуру закрепления приоритета

Наряду с общим правилом определения приоритета Патентный закон РФ содержит ряд специальных льготных правил, которые могут применяться при установлении приоритета в случаях, указанных в Законе. Прежде всего, речь идет о так называемом *конвенционном приоритете*, которым могут воспользоваться заявители из стран—участниц Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

В соответствии с п. 2 ст. 19 Патентного закона РФ приоритет может быть установлен по дате подачи первой заявки в стране-участнице Парижской конвенции, если заявка на изобретение поступила в Патентное ведомство РФ в течение 12 месяцев с указанной даты. Если по не зависящим от заявителя обстоятельствам (стихийное бедствие, военные действия, гражданские беспорядки и т.п.) заявка с испрашиванием конвенционного приоритета не могла быть подана в указанный срок, этот срок может быть продлен, но не более чем на два месяца. На заявителе лежит обязанность представить доказательства, подтверждающие невозможность подачи им заявки в установленный срок.

Заявитель, желающий воспользоваться правом конвенционного приоритета, обязан указать это при подаче заявки или в течение двух месяцев с даты поступления заявки в Патентное ведомство и приложить копию первой заявки, заверенной надлежащим образом принявшим ее учреждением, или представить ее не позднее трех месяцев с даты поступления заявки в Патентное ведомство. При исчислении 12-месячного срока день подачи первой заявки в срок не включается. Если последний день срока приходится на нерабочий день, днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день. Если окончание срока приходится на такой месяц, в котором нет числа, соответствующего дате подачи первой заявки, то срок истекает в последний день этого месяца.

Если правила о конвенционном приоритете имелись в российском законодательстве и раньше, то льготный порядок определения приоритета по внутренним заявкам установлен впервые. При этом можно выделить следующие особые случаи установления приоритета. Во-первых, он может определяться *по дате поступления в Патентное ведомство более ранней заявки того же заявителя, раскрывающей это изобретение, если заявка, по которой испрашивается такой приоритет, поступила не позднее 12 месяцев с даты поступления более ранней заявки на изобретение* (п. 4 ст. 19 Патентного закона РФ). В этом случае более ранняя заявка считается отозванной.

Причины, по которым заявитель, по сути дела, заменяет свою первоначальную заявку на новую, могут быть самыми различными. Так, основанием может служить необходимость уточнения или исправления тех или иных признаков технического решения, если при этом не изменяется его сущность; необходимость корректирования формулы изобретения, если предоставленный для этого срок упущен; целесообразность устранения из описания излишней информации, составляющей технический секрет заявителя, и т.п. Важно лишь, чтобы более ранняя заявка на это изобретение полностью раскрывала его сущность, а последующая заявка была подана не позднее 12 (6) месяцев с даты подачи первой заявки.

В таком же порядке может быть установлен приоритет на основании нескольких ранее поданных заявок. Если, например, по мнению заявителя, эти заявки могут быть объединены в одну, ему предоставляется возможность подать новую заявку, приоритет которой будет определяться по дате подачи последней из ранее поданных заявок, которые объединяются в одну. При этом, однако, необходимо, чтобы в каждой из объединяемых заявок было раскрыто изобретение, на которое испрашивается более ранний приоритет. В Законе специально подчеркивается, что приоритет не может устанавливаться по дате поступления заявки, по которой уже испрашивался более ранний приоритет.

Во-вторых, приоритет может быть установлен *по дате поступления дополнительных материалов, если они оформлены заявителем в качестве самостоятельной заявки* (п. 3 ст. 19 Патентного закона РФ). Как известно, в соответствии со ст. 20 Патентного закона РФ заявитель

имеет право в течение двух месяцев, а при условии уплаты пошлины — и за пределами этого срока, но не позднее вынесения решения по результатам экспертизы заявки по существу внести в ее материалы исправления и уточнения, в том числе дополнить ее новыми материалами без изменения сущности заявленного изобретения. Если эти дополнительные материалы изменяют сущность заявленного изобретения, т.е. содержат подлежащие включению в формулу изобретения признаки, отсутствовавшие в первоначальных материалах, то они во внимание не принимаются. Заявителю, однако, предоставляется возможность оформить такие дополнительные материалы в качестве самостоятельной заявки. При этом заявитель имеет право испросить приоритет изобретения по такой заявке по дате подачи им дополнительных материалов. Для этого самостоятельная заявка, во-первых, должна быть подана до истечения трехмесячного срока с даты получения заявителем уведомления Патентного ведомства о невозможности принятия во внимание дополнительных материалов в связи с признанием их изменяющими сущность заявленного решения, а, во-вторых, поданные ранее дополнительные материалы должны полностью раскрывать сущность изобретения, на которое оформлена самостоятельная заявка.

В-третьих, приоритет изобретения *по выделенной заявке устанавливается по дате поступления в Патентное ведомство первоначальной заявки, если выделенная заявка поступила до принятия по первоначальной заявке решения об отказе в выдаче патента, возможности обжалования которого исчерпаны, а в случае выдачи по указанной заявке патента — до даты регистрации изобретения в государственном реестре* (п. 5 ст. 19 Патентного закона РФ).

Необходимость выделения одной заявки из другой возникает тогда, когда первоначальная заявка подана с нарушением требования единства изобретения (п. 1 ст. 16 Патентного закона РФ). Заявитель может и по собственной инициативе выделить из первоначальных материалов заявки другую заявку, если, по его мнению, в них содержатся несколько изобретений, которые могут быть запатентованы самостоятельно. Приоритет первоначальной заявки сохраняется, если выделенная заявка представлена без изменений сущности изобретения по сравнению с содержанием первоначальной заявки. В противном случае, а также при подаче выделенной заявки после истечения указанных выше сроков приоритет по выделенной заявке устанавливается по дате ее поступления в Патентное ведомство.

И. Опубликование патентных заявок

В соответствии с патентным законодательством большинства стран информация о патентной заявке публикуется через восемнадцать месяцев с даты ее поступления. В ходе подготовки публикации заявке присваивается номер по Международной патентной классификации. В информацию включаются сведения об изобретении, изобретателе или заявителе, дата регистрации и классификационный номер. В прошлом публикация состояла из фотокопии заявления и титульного листа описания изобретения. В будущем, как представляется, реестры будут компьютеризированы и информация о патентной заявке будет размещаться в Интернете, предоставляя, таким образом, немедленный и недорогой к ней доступ.

К. Экспертиза заявки по существу

Наиболее важная функция патентного ведомства заключается в экспертизе заявки по существу для установления ее новизны и изобретательского уровня. Это означает, что проводится сравнение изобретения, по которому испрашивается патентная охрана, с мировым уровнем техники, отраженным в других патентах и описанным в литературе. На фоне растущего объема информации эта задача становится все более трудной. Лишь немногие страны могут себе позволить содержать необходимые библиотечные ресурсы и персонал, подготовленный для осуществления поисковой работы. Проблема библиотечных ресурсов может быть решена путем создания единой компьютерной сети банков данных по патентам и технической информации. Однако создание квалифицированных кадров для многих стран является безнадежным делом. Как уже говорилось выше, Всемирная организация интеллектуальной собственности разработала ряд способов передачи результатов поиска в патентные ведомства, у которых нет внутренних ресурсов для его проведения. До тех пор, пока не будет достигнута полная гармонизация патентного законодательства в части определения того, что есть изобретательский уровень и какое ему придается значение, ведущие экономически развитые страны не захотят лишаться своих собственных систем поиска.

Экспертиза заявки по существу, прежде всего, устанавливает новизну изобретения. Например, при экспертизе патентной заявки на «ластик-карандаш» будет устанавливаться наличие или отсутствие описания идентичного изобретения в патентах или публикациях. Если будет найдено хоть одно описание, эксперт отбросит первый пункт формулы изобретения. Он может

отбросить и второй пункт, как содержащий очевидную информацию, поскольку ручки с несколькими стержнями известны давно. Часто в ходе экспертизы выясняется, что некоторые пункты формулы изобретения описаны так широко, что они читаются, как уже известные. В таких случаях заявителю предоставляют возможность изменить заявку и сузить формулировки, чтобы избежать описания уже известных вещей.

При проведении экспертизы заявки по существу устанавливается приоритет изобретения, если он не был установлен при проведении формальной экспертизы, и проверяется патентоспособность заявленного изобретения. Установление приоритета заявленной разработки на данной стадии проведения экспертизы производится тогда, когда заявитель спрашивает приоритет по дате подачи первой заявки в государстве — участнике Парижской конвенции по охране промышленной собственности (конвенционный приоритет), по дате поступления дополнительных материалов, если они оформлены заявителем в качестве самостоятельной заявки, по дате поступления в Патентное ведомство более ранней заявки того же заявителя, раскрывающей сущность этого изобретения или промышленного образца, и т.д. О том, как устанавливается приоритет разработки во всех этих случаях, уже говорилось выше.

Проверка патентоспособности заявленной разработки состоит в исследовании экспертами Патентного ведомства вопроса о том, *отвечает ли разработка всем требуемым по закону признакам объекта патентной охраны*. Иными словами, в ходе патентной экспертизы проверяются новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость заявленной разработки, а также соответствие предложенного решения общественным интересам, принципам гуманности и морали. Срок, в течение которого Патентное ведомство должно провести экспертизу по существу, Патентным законом РФ не установлен. Такое решение вопроса трудно признать оптимальным, так как оно ставит заявителей в зависимость от Патентного ведомства. Конечно, и раньше, когда законодательством срок проведения патентной экспертизы был ограничен шестью месяцами (по Закону СССР «Об изобретениях в СССР» 1991 г. срок был увеличен до 12 месяцев), заявители, в сущности, были лишены возможности как-либо воздействовать на Патентное ведомство в случае нарушения им сроков проведения экспертизы. Но все же законодательством были определены временные рамки рассмотрения заявки по существу, что накладывало на экспертов хоть какие-то обязанности в этом плане. На практике средний срок проведения экспертизы заявки на изобретение по существу составляет 12 месяцев.

В период проведения экспертизы заявки по существу Патентное ведомство вправе запросить у заявителя дополнительные материалы, без которых проведение экспертизы невозможно, в том числе измененную формулу изобретения. Основанием для запроса может быть необходимость решения вопросов, связанных с проверкой патентоспособности заявленной разработки; необходимость уточнения формулы изобретения; необходимость решения вопросов, связанных с рассмотрением заявок на идентичные объекты промышленной собственности, имеющие одну и ту же дату приоритета, и т.д. Дополнительные материалы по запросу экспертизы должны быть представлены без изменения сущности изобретения в течение двух месяцев с даты получения заявителем запроса или копий материалов, противопоставляемых заявке. Указанные копии могут быть запрошены заявителем в течение месяца с даты получения им запроса экспертизы. В случае если заявитель в указанный срок не представит запрашиваемые материалы или просьбу о продлении установленного срока, заявка признается отозванной.

Как уже отмечалось, по заявке на изобретение заявитель, при условии уплаты пошлины, может вносить исправления и уточнения в поданную заявку вплоть до вынесения решения по результатам экспертизы по существу. При этом, однако, не должна изменяться сущность заявленного изобретения. Дополнительные материалы, изменяющие сущность изобретения, во внимание не принимаются.

По результатам экспертизы по существу принимается решение о выдаче или отказе в выдаче патента. Если в результате экспертизы по существу Патентное ведомство установит, что заявленное изобретение, выраженное формулой, соответствует условиям патентоспособности, выносится решение о выдаче патента с этой формулой. При установлении несоответствия заявленного изобретения условиям патентоспособности выносится решение об отказе в выдаче патента.

Л. Возражения против заявки

В ряде стран в период между публикацией информации о заявке и до момента принятия решения о выдаче патента заинтересованные третьи лица могут выступить с формальными возражениями против выдачи патента. Иногда допускается выдвижение возражений и в короткий период времени после выдачи патента. Как правило, такие возражения обосновываются низким уровнем информационного поиска по определению уровня техники, что необходимо для оценки в

изобретении новизны, как фактора, который не был в достаточной степени учтен при экспертизе. Процедура принятия возражений полезна для тех патентных ведомств, у которых бедный бюджет и слабые поисковые возможности, поскольку возражающая сторона бесплатно дает информацию, и, как правило, это делают хорошо финансируемые оппоненты заявителя. Однако процедуры принятия возражений имеют и свои теневые стороны. Во-первых, это означает, что возможные конкуренты на использование заявленной технологии будут вынуждены изучать другие патентные заявки (так как информация о них публикуется), чтобы понять, насколько резонны возражения. Во-вторых, преодоление возражений может стать слишком дорогостоящей процедурой для небольшой компании или независимого изобретателя. Большие, богатые фирмы могут себе позволить прибегать к процедурам выдвижения возражений с тем, чтобы поднять стоимость получения патента их более слабыми малыми конкурентами.

М. Срок действия патентной охраны

В соответствии со ст. 33 Соглашения ТРИПС каждая участвующая в нем страна должна предоставлять, как минимум, срок патентной охраны на 20 лет. На практике так оно и есть, и в большинстве стран срок патентной охраны составляет 20 лет. В некоторых странах в особых случаях этот срок больше, например, когда выдача патента откладывалась по причине отношения изобретения к военной тайне или когда применение фармацевтического средства откладывалось по причине испытания лекарства и оформления лицензий на его использование.

По российскому патентному законодательству, патент на изобретение действует в течение 20 лет. Указанный срок начинает течь с даты поступления заявки в Патентное ведомство РФ, т.е. с даты приоритета. Поскольку определенное время уходит на проведение экспертизы заявки, реальный срок действия патентной охраны несколько меньше. Патентный закон РФ не предусматривает возможности продления срока патентной охраны каких-либо видов изобретений.

Н. Права патентообладателя

Минимальные права, которые должны быть предоставлены патентообладателю, определяются Соглашением ТРИПС. Эти права различаются в зависимости от того, что является объектом патентной охраны — продукт или способ изготовления и сам изготовленный этим способом продукт.

1. Права на продукт

Статья 28 Соглашения ТРИПС предусматривает, что обладатель патента на изобретение имеет исключительное право «не допускать в отношении изобретения совершения без своего согласия таких действий со стороны третьих лиц, как его использование, предложение к продаже, продажа или импорт» Так, в США обладатель патента на описанную выше ручку-ластик может сделать невозможным для третьих лиц ее изготовление в США, продажу на территории США или импорт в США. Он может даже не дать использовать это изобретение

в США. Понятно, что патентообладатель не станет судиться с частными лицами, пользующимися этой ручкой. Скорее всего, он затеет тяжбу с изготовителями и дистрибьютерами ручки или с той компанией, которая закупила большое количество таких ручек для своего персонала. По законодательству многих стран, если имела место правомерная продажа запатентованного продукта, то патентные права как бы исчерпываются. Покупатель имеет право перепродать запатентованный продукт без всяких ограничений. Вместе с тем законодательством разных стран не одинаково трактуется вопрос о правах патентообладателя в сфере ремонтных и сервисных работ по запатентованному продукту. Предположим, что речь идет о патенте на промышленную резательную установку. Возникает вопрос, будут ли заточка ножей или капитальный ремонт совершенно изношенного агрегата являться нарушениями патентных прав?

Патентообладателю принадлежит *исключительное право на использование* охраняемого патентом изобретения по своему усмотрению, если такое использование не нарушает прав других патентообладателей.

Под *использованием* понимается введение в хозяйственный оборот продукта, созданного с применением изобретения, а также применение способа, охраняемого патентом на изобретение. *Введение в хозяйственный оборот*, в свою очередь, охватывает такие действия, как изготовление, применение, ввоз, хранение, предложение к продаже, продажа и т.п. продукта, созданного с

использованием охраняемого решения, а также применение способа, охраняемого патентом на изобретение.

Изготовлением признается производство продукта для коммерческих целей, даже если при этом сам продукт временно не реализуется, например складировается для последующей продажи. *Применением продукта* считаются все случаи его производственного использования в коммерческих целях. *Ввоз продукта* означает его импорт на территорию РФ, причем нарушением является сам факт ввоза, хотя бы продукт и не предназначался для использования на территории РФ. *Хранение продукта*, в частности его накопление для последующего пуска в оборот, также рассматривается как использование запатентованного объекта. *Предложение к продаже* есть реклама продукта, которая может выражаться в его публичной демонстрации в торговых залах и на витринах, в рекламных клипах, в каталогах и т.п. Под *продажей* понимается коммерческая деятельность по реализации запатентованного продукта, которая чаще всего имеет юридическую форму гражданско-правового договора купли-продажи.

Названные действия не исчерпывают всех случаев введения в хозяйственный оборот запатентованного продукта. Оно может также выражаться и в *ином использовании продукта*, в частности в его техническом обслуживании, ремонте, заключении в отношении него договоров аренды, в том числе лизинга, подряда, мены и т.п.

Все указанные действия могут совершаться лишь самим патентообладателем, что выражает *позитивную сторону* принадлежащего ему исключительного права на использование разработки. Владелец патента может избрать любую допускаемую законом форму предпринимательской деятельности для организации использования объекта промышленной собственности. В частности, он может выступать как индивидуальный предприниматель, создать предприятие, внести принадлежащее ему право на объект промышленной собственности в качестве своего вклада в уставный фонд вновь создаваемого или уже действующего предприятия и т.п.

Обладая позитивным правом на единоличное использование разработки, патентообладатель вправе *одновременно запретить ее использование любым третьим лицом*. Собственно говоря, в обоих случаях речь идет об одном и том же праве, ибо исключительному праву патентообладателя на использование разработки корреспондирует обязанность всех третьих лиц воздерживаться от действий, нарушающих права патентообладателя. Разница состоит лишь в том, на какой — позитивной или негативной — стороне рассматриваемого права сделан больший акцент.

Первостепенное значение для обладателя субъективного патентного права имеет *объем его прав*. В соответствии с п. 4 ст. 3 Патентного закона РФ объем правовой охраны, предоставляемой патентом на изобретение, определяется его формулой. Описание и чертежи служат только для толкования формулы. При этом продукт (изделие) признается изготовленным с использованием запатентованного изобретения, а способ, охраняемый патентом на изобретение, — примененным, если в нем использован каждый признак изобретения, включенный в независимый пункт формулы, или эквивалентный ему признак.

Таким образом, для признания изобретения использованным в том или ином объекте техники необходимо установить наличие в нем *всех признаков* изобретения, которые отражены в независимом пункте его формулы. Присутствие у объекта признаков, содержащихся в зависимых пунктах формулы изобретения, значения не имеет. В равной мере изобретение считается использованным, если один или несколько признаков заменены в объекте техники эквивалентом, т.е. аналогичным признаком, выполняющим те же функции и дающим тот же эффект. На признание замененного признака эквивалентом влияет также очевидность произведенной замены.

2. Права на способ изготовления

Статья 28 Соглашения ТРИПС предусматривает, что обладатель патента на способ изготовления имеет исключительное право «не допускать, чтобы третьи лица использовали способ изготовления без согласия правообладателя». Например, изобретатель способа превращения молока в сыр мог получить патент, наличие которого сделало бы невозможным для других использовать этот способ получения сыра. Иногда действие патента, выданного на способ изготовления, распространяется и на продукт, изготавливаемый этим способом. Допустим, например, что сыр, получаемый указанным способом, может храниться месяцами без холодильника. Тогда и сам сыр может быть запатентован. Иногда, однако, новым бывает только сам способ. Скажем, данным способом изготавливается обычный швейцарский сыр, но процесс изготовления идет гораздо быстрее, чем при использовании традиционных методов. Тогда патентоспособным становится только сам способ изготовления, поскольку швейцарский сыр не имеет признаков новизны. Примечательно, что ст. 28 Соглашения ТРИПС содержит положение о том, что обладатель патента на способ изготовления приобретает исключительное право «не допускать совершения третьими

лицами без его согласия... таких действий, как: использование, предложение к продаже, продажа или импорт продукта, изготовленного непосредственно этим способом». Данное положение обеспечивает серьезную дополнительную охрану обладателя патентных прав на способ изготовления непатентоспособного продукта. Обладатель этих прав получает возможность, во-первых, преградить дорогу импорту продуктов, изготавливаемых за рубежом по данному запатентованному способу, включая импорт из стран, где данный способ используется нелегально. Во-вторых, право-обладатель может возбудить преследование против тех, кто занят продажей таких продуктов, выявить которых легче, чем нелегального производителя.

В некоторых случаях в запатентованных способах изготовления предусмотрена возможность осуществлять скрытую маркировку изготавливаемых продуктов, что облегчает для патентообладателя возможность доказывать использование его способа. Но чаще изготавливаемые запатентованным способом продукты неотличимы от изготовленных другими способами аналогов. В таких случаях доказывание прав патентообладателя становится исключительно трудным. Статья 34 Соглашения ТРИПС несколько помогает патентообладателю тем, что переносит тяжесть бремени доказывания:

«1. В гражданских исках по вопросам нарушения прав патентообладателя, указанных в параграфе 1(б) статьи 28, в случаях, когда объектом патентования является способ изготовления продукта, суд может обязать ответчика доказать, что его способ изготовления идентичного продукта отличается от запатентованного. В этой связи страны—участницы Соглашения должны исходить из того, что любой идентичный продукт, когда он произведен без согласия патентообладателя, будет считаться (если не будет доказано обратного) изготовленным запатентованным способом, при наличии хотя бы одного из нижеуказанных обстоятельств, при которых:

а) изготовленный запатентованным способом продукт является новым;

б) есть высокая вероятность того, что идентичный продукт был изготовлен данным способом, но патентообладатель путем приложения разумных усилий не может определить, что был использован действительно он.

2. Страны — участницы Соглашения свободны в возложении бремени доказывания, как указано в параграфе 1, на предполагаемого правонарушителя, если либо соблюдено условие, включенное в подпараграф (а), либо выполнено условие, включенное в подпараграф (б).

3. При доказывании обратного, должны быть приняты во внимание законные интересы ответчика по защите его деловых и производственных секретов».

В соответствии с п. 3 ст. 10 Патентного закона РФ нарушением исключительного права патентообладателя признается, среди прочего, введение в хозяйственный оборот либо хранение с этой целью продукта, изготовленного непосредственно способом, охраняемым патентом на изобретение. Иными словами, действие патента, выданного на способ получения продукта, распространяется и на продукт, непосредственно полученный этим способом. При этом новый продукт считается полученным запатентованным способом при отсутствии доказательств противного.

Широкое применение института косвенной охраны обусловлено тем, что в большинстве случаев обнаружить нарушение патентных прав на технологию можно лишь путем выявления продукта, изготовленного с помощью запатентованного способа. Владелец патента на способ, как правило, не имеет доступа на предприятия предполагаемых нарушителей его патентных прав и не может непосредственно проверить, используется ли ими его технология. Но он может делать это косвенным образом, контролируя выпуск продукта, который может быть получен запатентованным способом. Для того чтобы такой контроль был действенным, владельцу патента на способ получения продукта предоставляются такие же права на продукт, как если бы он владел патентом на сам продукт. Однако эти его права на продукт ограничены запатентованным способом его получения. Если продукт получен другим способом, патентообладатель никаких прав на него не имеет.

Следует сказать, что под «продуктом, непосредственно изготовленным запатентованным способом» понимаются любые изделия, устройства, вещества и т.п., причем как новые, так и уже известные. В тех случаях, когда речь идет о новом продукте, действует презумпция, что он получен с помощью запатентованного способа. Иными словами, изготовитель этого продукта должен доказать, что им не использовался принадлежащий патентообладателю способ, так как в противном случае он будет признан нарушителем. Если же патентом охраняется новый способ получения уже известного продукта, бремя доказывания использования запатентованного способа ложится на патентообладателя. Для этого он может использовать любые прямые и косвенные доказательства,

свидетельствующие о предполагаемом нарушении его прав, например данные о существенном увеличении объемов продажи продукта на рынке после опубликования сведений о новом способе его получения, об изменении его стоимости и т.д.

О. Ограничение прав патентообладателя

Соглашение ТРИПС вводит определенные ограничения прав патентообладателя, имеющие общий и специальный характер. В ст. 30 говорится об ограничениях общего характера. К ограничениям специального характера статья относит использование патента в государственных целях и обязательное лицензирование в определенных случаях. Упомянутая выше доктрина исчерпания патентных прав также часто является ограничением в их использовании.

1. Свободное использование запатентованных объектов

В некоторых странах доктрина свободного использования запатентованного объекта сходна с доктриной свободного использования авторского права. Многие страны имеют законодательство, разрешающее использовать защищенные авторским правом материалы, например в образовательных целях. Закон может также разрешить использовать запатентованный химический процесс, например, в целях демонстрации на уроках химии. Статья 30 Соглашения ТРИПС допускает свободное использование запатентованного объекта, вводя при этом определенные ограничения:

«Страны-участницы, исходя из интересов третьих лиц, могут делать ограниченные изъятия из исключительных прав, охраняемых патентом, при условии, что такие изъятия не вступают в разумное противоречие с нормальным использованием патента и не наносят безосновательного ущерба законным интересам патентообладателя».

Патентное законодательство России, как и законодательство других стран, устанавливает ряд случаев, когда действия третьих лиц по использованию разработки не рассматриваются как нарушения исключительных прав владельца патента. Эти случаи, нередко именуемые свободным использованием запатентованных объектов, в основном достаточно традиционны и соответствуют мировой патентной практике. Они исчерпывающим образом определены ст. 11 — 12 Патентного закона РФ и сводятся к следующему.

Во-первых, *не признается нарушением исключительного права патентообладателя применение средств, содержащих изобретения, защищенные патентами, в конструкции или при эксплуатации транспортных средств (морских, речных, воздушных, наземных и космических) других стран при условии, что указанные средства временно или случайно находятся на территории РФ и используются для нужд транспортного средства*. Данное правило, известное законодательству подавляющего большинства государств, вытекает из ст. 5 ter Парижской конвенции по охране промышленной собственности. Согласно ч. 1 ст. 11 Патентного закона РФ оно применяется не только к физическим и юридическим лицам государств-участников Парижской конвенции, но и к гражданам и юридическим лицам любых стран, предоставляющих такие же права владельцам транспортных средств России.

Рассматриваемое исключение из сферы патентного права касается лишь использования запатентованных объектов непосредственно в конструкции или при эксплуатации транспортных средств, т.е. в их корпусе, в машинах, в оснастке, в механизмах, в оборудовании и т.д., при условии, что эти объекты применяются исключительно для нужд транспортного средства. Использование объекта промышленной собственности, выходящее за эти пределы, например его производство на борту судна, предложение к продаже, продажа и т.п., является нарушением патентных прав. Кроме того, данная льгота распространяется лишь на транспортные средства других стран. Она, например, не касается российских судов, даже если они приписаны к порту какой-либо другой страны и лишь временно или случайно заходят в страну своего флага.

Во-вторых, *не является нарушением патентных прав проведение научного исследования или эксперимента над средством, содержащим изобретение, защищенное патентом* (ч. 2 ст. 11 Патентного закона РФ). Под «средством» в данном случае понимается любой объект, который в соответствии с действующим законодательством признается патентоспособным изобретением, т.е. устройство, способ, вещество и т.д. Разрешенным видом использования является лишь научное исследование самой разработки или эксперимент с нею. Она может проводиться с целью проверки работоспособности и эффективности созданной разработки, в научных целях и т.п. Если разработка используется не как объект исследования или эксперимента, а как их средство, такие действия будут нарушением патентных прав.

В-третьих, *разрешенным случаем использования является применение запатентованных средств при чрезвычайных обстоятельствах, т.е. при стихийных бедствиях, катастрофах, крупных авариях и т.п.* (ч. 3 ст. 11 Патентного закона РФ). В указанных ситуациях допускается лишь применение охраняемых законом изобретений, т.е. их производственное использование для ликвидации или предотвращения последствий названных событий. Применение разработки хотя и при наличии чрезвычайных обстоятельств, но в целях, не связанных непосредственно с их действием, является нарушением патентных прав. Иные виды использования, в частности изготовление запатентованного объекта, его хранение, предложение к продаже и т.п., не разрешаются. Кроме того, в случае применения охраняемой разработки в данных условиях патентообладателю гарантируется последующая выплата соразмерной компенсации.

В-четвертых, *запатентованные средства могут применяться в личных целях без получения дохода* (ч. 4 ст. 11 Патентного закона РФ). Разрешенное использование разработки охватывает собой в данном случае лишь ее применение. Другие способы использования, в частности изготовление или ввоз, даже если при этом не преследуются коммерческие цели, являются нарушением патентных прав.

В-пятых, *разрешается использование запатентованных средств путем разового изготовления лекарств в аптеках по рецептам врача* (ч. 5 ст. 11 Патентного закона РФ). Данный вид допускаемого использования, касающийся в основном охраняемых патентами веществ и штаммов микроорганизмов, известен патентному законодательству многих стран. Им охватываются лишь единичные случаи приготовления лекарств. Если запатентованное средство используется для приготовления лекарственных препаратов промышленным способом либо их приготовление осуществляется аптеками впрок хотя бы даже для последующей продажи по рецептам, это является нарушением патентных прав.

В-шестых, *не признается нарушением патентных прав применение средств, содержащих изобретения, защищенные патентами, если эти средства введены в хозяйственный оборот законным путем* (ч. 6 ст. 11 Патентного закона РФ). Данное исключение выражает широко известный принцип «исчерпывания прав», в соответствии с которым права патентообладателя ограничиваются введением в хозяйственный оборот запатентованного средства. Последующее изменение владельца данного средства, например в связи с его перепродажей, нарушения патентных прав не образует. Иными словами, получить разрешение патентообладателя должен лишь субъект, который первым производит или продает запатентованное средство. Все последующие его владельцы, если только средство было введено в хозяйственный оборот законным путем, могут использовать его, не испрашивая на это особого согласия патентообладателя. Следует подчеркнуть, что принцип исчерпания прав в соответствии с мировой практикой распространяет свое действие лишь на те запатентованные средства, которые имеют вещную форму, т.е. подпадают под понятия устройств, веществ, продукта, изделия и т.п. В отношении использования запатентованного способа исчерпания прав не происходит.

2. Использование патента без согласия патентообладателя

Положения Соглашения ТРИПС серьезно ограничивают возможности государства использовать запатентованный объект или уполномочивать на его использование без получения согласия патентообладателя. Часто такую форму использования называют «принудительным лицензированием». В соответствии со ст. 31 Соглашения требуется проведение совершенно специфических процедур, прежде чем такое использование станет возможным:

а) индивидуальное рассмотрение вопроса о необходимости разрешения на использование запатентованного объекта в каждом отдельном случае;

б) разрешение дается только, если предполагаемый пользователь предпринял до этого все шаги для получения разрешения на использование от правообладателя на разумных коммерческих условиях, и если эти шаги в разумный период времени не дали положительного результата. Данное требование может не исполняться страной—участницей Соглашения в случае чрезвычайной ситуации в стране, в ситуации чрезвычайной срочности или в случае необходимости некоммерческого общественного использования. В случае чрезвычайной ситуации в стране или при других обстоятельствах чрезвычайной срочности правообладатель, тем не менее, должен быть уведомлен в наикратчайшие сроки. Правообладатель должен быть незамедлительно поставлен в известность и в случае некоммерческого общественного использования патента, когда правительственный орган или действующий по его поручению контрагент без проведения патентного поиска знает или имеет основания полагать, что запатентованный объект может быть сейчас или в будущем использован в государственных целях.

Некоторые положения Соглашения ТРИПС несут на себе явный отпечаток лоббирования со стороны промышленных кругов. Так, например, отрасль промышленности, выпускающая полупроводники, получила весьма основательную защиту от принудительного лицензирования в ст. 31 Соглашения:

«(с) Объем и длительность такого использования должны ограничиваться той целью, для которой было получено разрешение, а применительно к технологиям, связанным с полупроводниками, использование ограничивается только некоммерческими общественными целями или лечебной практикой, решение о чем принимается в судебном или административном порядке во избежание конкурентного давления».

Большинство положений Соглашения затрагивает все возможные типы принудительного лицензирования. Так, в ст. 30 говорится, что:

принудительное лицензионное использование запатентованного объекта должно носить исключительный характер;

подобное использование не влечет за собой передачи прав на запатентованный объект;

любое использование запатентованного объекта должно проводиться лишь в интересах национального рынка страны, давшей на это разрешение;

действие лицензий на использование запатентованного объекта подлежит прекращению с учетом законных интересов выдавших их инстанций, если и когда обстоятельства, породившие принятие разрешительных решений, исчезают и мала вероятность их нового появления;

патентообладателю во всех случаях выплачивается соразмерная компенсация, с учетом экономической ценности выданного разрешения.

В ст. 31 Соглашения включены положения, которые предусматривают особые требования к процедуре вынесения решений по введению принудительного лицензирования и платы за право пользования запатентованным объектом:

(i) «(i) Правомерность любого решения, касающегося введения подобного использования запатентованного объекта, должна подвергаться судебному или иному независимому контролю по усмотрению верховной власти страны—участницы Соглашения;

(j) любое решение, касающееся компенсаций, выплачиваемых в связи с использованием запатентованного объекта, должно подвергаться судебному или иному независимому контролю по усмотрению верховной власти страны—участницы Соглашения».

Этим положением создается определенная охрана прав патентообладателя от произвола или коррупции со стороны патентных ведомств.

Соглашение ТРИПС ограничивает использование принудительного лицензирования в отношении так называемых патентов на усовершенствования. В прошлом в некоторых странах лицо, изобретавшее усовершенствование запатентованного объекта, автоматически получало разрешение на принудительную лицензию первичного патента. Соглашением не только вводятся различные правила по процедуре оформления и выплате компенсаций, но также формулируются серьезные требования. В ст. 31 (1) говорится:

1) когда выдается разрешение на использование усовершенствования («вторичный патент»), которое не может осуществляться без использования основного запатентованного объекта («первичного патента»), должны быть соблюдены следующие условия:

(i) изобретение, по которому испрашивается охрана вторичным патентом, должно представлять собой серьезное техническое достижение, имеющее значительный экономический эффект в привязке к изобретению, охраняемому первичным патентом;

(ii) правообладатель по первичному патенту имеет право на получение на разумных условиях перекрестной лицензии на использование вторичного патента;

(iii) использование первичного патента не означает прав обладания им иначе, как в совокупности с вторичным патентом».

Эти правила направлены на исправление сложившейся в ряде стран ситуации, в которой конкурент мог запатентовать незначительное техническое решение и тем самым автоматически получить лицензию на использование основного изобретения, причем иногда при получении такой лицензии не требовалось уплаты лицензионных отчислений за основной патент. Соглашением ТРИПС допускается, однако (именно только допускается), выдача принудительных лицензий вне зависимости от важности технического решения.

В связи с этим можно привести такой пример. Если некто А изобретает карбюратор, который не отравляет окружающей среды, а некто Б изобретает усовершенствование к нему, которое в три раза уменьшает расход бензина на километр пробега, то понятно, что Б «нашел важное техническое решение, дающее значительную экономию». Таким образом, в соответствии с Соглашением, можно после соответствующих административных процедур предоставить Б

принудительную лицензию на патент А с условием уплаты соответствующих патентных отчислений в пользу А. В таком случае и А получает право на лицензию патента Б на разумных условиях Б не может передавать свои права по принудительной лицензии, если он при этом не передает прав по своему (вторичному) патенту

Наряду со случаями свободного использования запатентованных разработок российское патентное законодательство, как и законодательство большинства других стран, предусматривает ряд дополнительных оснований, при наличии которых соответствующие разработки могут быть использованы без согласия патентообладателя. Прежде всего, если патентообладатель не использует изобретение на территории России, заинтересованные лица могут добиваться выдачи им принудительной лицензии. Для выдачи последней необходимо одновременное наличие следующих условий.

Во-первых, требуется неиспользование или недостаточное использование патентообладателем изобретения в течение четырех лет с даты выдачи патента. Во-вторых, необходим отказ патентообладателя от заключения лицензионного договора. По смыслу закона отказом может считаться также неполучение от патентообладателя в разумные сроки ответа на соответствующее обращение к нему заинтересованного лица, а равно выдвигание им заведомо неприемлемых условий выдачи лицензии. В-третьих, лицо, желающее использовать охраняемый объект, должно доказать свою готовность к использованию разработки. В-четвертых, принудительная лицензия выдается лишь в том случае, если патентообладатель не докажет, что неиспользование или: недостаточное использование обусловлены уважительными причинами. Такими причинами могут быть необходимость длительного освоения производства запатентованного объекта, невыполнение обязательств лицом, которому была выдана лицензия, затруднительное материальное положение патентообладателя и т. п.

Вопрос о выдаче принудительной лицензии по ходатайству заинтересованного лица рассматривается Высшей патентной палатой Роспатента, которая при положительном решении определяет пределы использования, размер, сроки и порядок платежей. По содержанию и объему предоставляемых прав принудительная лицензия, выдаваемая по решению Высшей патентной палаты Роспатента, равнозначна простой лицензии. Лицензиат вправе использовать запатентованную разработку лишь в своем собственном производстве, но не может выдавать сублицензии третьим лицам. Размеры платежей в соответствии с п. 4 ст. 10 Патентного закона РФ должны быть установлены не ниже рыночной цены лицензии. Решение Высшей патентной палаты Роспатента может быть оспорено заинтересованным лицом в суде.

Далее, в соответствии с п. 5 ст. 10 Патентного закона РФ обладатель патента на изобретение, являющееся усовершенствованием другого охраняемого изобретения, вправе потребовать выдачи ему лицензии на использование этого изобретения, если он не может использовать свое изобретение, не нарушая при этом прав владельца патента на основное изобретение. Российское патентное законодательство не устанавливает условий выдачи принудительной лицензии в этом случае. Однако опираясь на общие положения патентного права, а также применяя по аналогии закона правила о выдаче принудительной лицензии при неиспользовании изобретения, следует полагать, что при этом должны присутствовать примерно такие же условия, которые предусмотрены ст. 31 Соглашения ТРИПС. В частности, не вызывает никаких сомнений то, что принудительная лицензия может быть выдана лишь при отказе владельца патента на основное изобретение предоставить заинтересованному лицу лицензию в обычном порядке и что обладателю патента на основное изобретение гарантируется выплата справедливого вознаграждения.

Согласно п. 4 ст. 13 Патентного закона РФ Правительство РФ в интересах национальной безопасности вправе разрешить использование объекта промышленной собственности без согласия патентообладателя с выплатой ему соразмерной компенсации. Данное исключение из сферы субъективного патентного права известно законодательству многих государств и вполне оправданно при условии, что практика его применения не выходит за ограниченные законом рамки. В этой связи при выдаче подобных разрешений недопустимы абстрактные ссылки на интересы государства и общества, важность разработки для народного хозяйства страны и т.п. Следует полагать, что непереносимым условием принятия Правительством РФ решения об использовании объекта промышленной собственности без разрешения патентообладателя является также отказ последнего от заключения лицензионного соглашения в общем порядке. В любом случае патентообладателю гарантируется выплата соразмерной компенсации, спор о размере которой разрешается Высшей патентной палатой Роспатента с возможностью его последующего переноса в суд.

Наконец, последний случай ограничения патентной монополии связан с реформой российского патентного законодательства. В связи с восстановлением в России патентной формы охраны изобретений как единственно возможной возник вопрос о правовом режиме тех разработок,

которые охранялись с помощью авторских свидетельств. Как известно, подобные разработки могли свободно использоваться всеми государственными, кооперативными, общественными и иными организациями, которые должны были лишь выплачивать авторам вознаграждение, предусмотренное действующим законодательством. С принятием нового патентного законодательства владельцам авторских свидетельств было предоставлено право обменять их на патенты РФ, которые должны действовать в пределах оставшегося срока охраны. Становясь патентообладателями, разработчики, а также иные лица, которым последние уступили право на получение патента, приобретают исключительные права на использование разработки. Однако в соответствии с п. 8 постановления Верховного Совета «О введении в действие Патентного закона РФ» их патентные права не действуют в отношении тех лиц, которые до даты подачи ходатайства о выдаче патента РФ правомерно начали использование изобретения, на которое была подана заявка на выдачу авторского свидетельства или выдано авторское свидетельство. Иными словами, указанные лица сохраняют право дальнейшего использования такого изобретения без заключения лицензионного договора. На них лежит лишь обязанность по выплате авторам вознаграждения в размере и в порядке, установленных действующим законодательством.

II. Вопросы патентной охраны в отношениях между работником и работодателем

В современном мире, когда подавляющее большинство исследований, имеющих коммерческую ценность, проводится в лабораториях крупных компаний, возникает чрезвычайно важный вопрос правового характера об определении прав работодателя и работников на изобретения, сделанные в рамках исполнения ими служебных обязанностей. В ст. 4 тер Парижской конвенции говорится: «Изобретатель имеет право быть названным в качестве такового в патенте». Этим охраняется одно из важных моральных прав изобретателя. Но в данном положении ничего не говорится о том, за кем закрепляются экономические права — за работодателем или за работником. Положения национального законодательства по этому вопросу в разных странах существенно отличаются. В США, например, при отсутствии трудового контракта права работодателя и работника зависят от множества туманных правовых критериев, извлекаемых из судебных прецедентов вековой давности, варьирующихся от штата к штату. В некоторых странах работник имеет право на соразмерное вознаграждение, порядок выплаты которого определяется специальными положениями законодательства. От страны к стране отличается так же и трактовка вопроса о передаче работником прав на изобретение и в случае наличия трудового контракта. В некоторых странах, например в США, существует полная или почти полная свобода в заключении контрактов между работником и работодателем. Во многих европейских странах те положения трудового контракта, которые ущемляют права работника на справедливое вознаграждение, считаются юридически недействительными.

В российском патентном праве вопрос о правовом режиме так называемых служебных изобретений и правах их создателей решен в ст. 8 Патентного закона РФ. Сущность данного решения заключается в том, что право на патентование служебного изобретения признано за работодателем, а автору разработки гарантировано право на получение особого вознаграждения. Предпочтительность именно такого варианта решения проблемы обусловлена следующими соображениями:

во-первых, если бы работодатели были лишены возможности становиться патентообладателями, это в значительной степени подорвало бы их заинтересованность в финансировании работ по изобретательству;

во-вторых, это ударило бы прямо по интересам самих изобретателей, так как практика показывает, что большинство разработок находит применение прежде всего на тех предприятиях, на которых они созданы. Поэтому, если бы работодатели были освобождены от обязанности по выплате авторам (патентообладателям) вознаграждения за использование разработок, то последние нередко вообще не получали бы никаких выгод от своих разработок;

в-третьих, именно таким образом решается этот вопрос в большинстве стран мира.

Что же касается прав авторов разработок, то они обеспечиваются тем, что:

а) им гарантируется право на получение от работодателя особого вознаграждения. Размер и порядок выплаты вознаграждения определяются соглашением автора и работодателя. При этом закон ориентирует на то, что размер вознаграждения должен быть соразмерен той выгоде, которая уже получена или может быть получена работодателем при надлежащем использовании изобретения. Если достичь соглашения не удастся, спор может быть передан на разрешение суда;

б) при поступлении на работу они могут оговорить иной порядок возникновения исключительных прав на разработки, созданные при выполнении служебных обязанностей;

в) если в течение четырех месяцев работодатель не подаст заявку на выдачу патента, либо не

переуступит это право другому лицу, либо не сообщит автору о своем желании использовать разработку в качестве секрета производства (ноу-хау), то автор может сам по себе дать заявку и получить патент на свое имя.

Р. Патентные лицензии

Статьей 28 Соглашения ТРИПС предусматривается, что «патентообладатель может уступать свои патентные права, передавать их по наследству и давать разрешение на их использование путем заключения лицензионных договоров». Сказанное означает, что с патентными правами можно обращаться как с любым имущественным правом. При этом, однако, существует угроза возникновения противоречий между такими лицензионными договорами и антимонопольным законодательством. Например, сговор между производителями велосипедов об установлении единой цены будет являться нарушением антимонопольного законодательства в большинстве стран. Если какая-то одна компания владеет патентом на улучшенную модель велосипеда и потребует от всех партнеров, имеющих лицензию на их продажу, чтобы они торговали по фиксированной цене, будет ли это считаться нарушением антимонопольного законодательства? Вполне может быть. Антимонопольное ведомство или суд могут прийти к выводу, что заключенный лицензионный договор является притворной сделкой, имеющей целью прикрыть ценовой сговор. Ограничения, содержащиеся в антимонопольном законодательстве по вопросам патентных лицензий, как правило, значительно более суровы, чем ограничения по вопросам лицензионных договоров, связанных с коммерческой тайной, потому что патентное лицензирование имеет гораздо более широкое распространение. В частности, заключение лицензионных договоров используется в случаях продажи продукта конечному пользователю, которым может быть рядовой потребитель, тогда как лицензионные договоры на использование коммерческой тайны обычно ограничиваются положениями об информации, которая объявляется совершенно секретной (например, производственные секреты или списки клиентов). Антимонопольное законодательство в ЕС, которое упоминалось выше, когда рассматривались вопросы лицензирования коммерческой тайны, применимо также и к патентным лицензионным договорам. В других странах тоже имеются развитые положения в антимонопольном законодательстве, ограничивающие использование лицензионных договоров, которые могут препятствовать добросовестной конкуренции. Возможность появления противоречий с антимонопольным законодательством находит отражение в Соглашении ТРИПС:

«(к) Страны—участницы Соглашения не обязаны применять условия, сформулированные в подпунктах (б) и (f), в которых их использование рекомендуется для исправления ситуации, признанной в судебном или в административном порядке антиконкурентной. Необходимость устранения антиконкурентной практики может быть принята в таких случаях во внимание при определении объема вознаграждения. Компетентные инстанции имеют полномочия отказать в приостановлении разрешений на использование, если и когда есть вероятность, что условия, приведшие к выдаче такого разрешения, могут повториться».

Вопросы о том, что такое «антимонопольный», сложны и иногда алогичны. Некоторые из них основаны на давным-давно дискредитировавших себя экономических теориях. Но для юриста, занимающегося патентным лицензированием, чрезвычайно важно помнить об этих положениях, ибо последствия несоблюдения антимонопольного законодательства могут быть весьма тяжелыми и привести к принудительному лицензированию и даже к аннулированию патента.

Патентообладатель может не только самостоятельно использовать принадлежащую ему разработку, но и предоставить право на ее использование другим лицам либо вовсе уступить свои права, вытекающие из патента. Соответственно различаются уступка патентных прав и заключение лицензионных соглашений на использование запатентованных разработок.

Уступка патентных прав означает передачу патентообладателем принадлежащих ему прав другому лицу — физическому либо юридическому. Чаще всего уступка патентного права осуществляется по модели договора купли-продажи, однако может происходить и в иных формах, а именно в форме договора мены, дарения, включать элементы договоров подряда или услуги и т. д.

Уступка патентных прав, в какой бы договорной форме она ни осуществлялась, означает, что к приобретателю патента переходят в полном объеме все права, которыми обладал патентообладатель (то есть уступить только часть прав и оставить за собой остальные нельзя).

Наряду с уступкой патентных прав патентообладатель может выдавать разрешения на

использование разработки другими лицами. Выдача таких разрешений осуществляется путем заключения *лицензионных договоров*.

По лицензионному договору патентообладатель (лицензиар) обязуется предоставить право на использование охраняемого объекта промышленной собственности на срок и в объеме, предусмотренных договором, другому лицу (лицензиату), а последний принимает на себя обязанность вносить лицензиару обусловленные платежи и осуществлять другие действия, предусмотренные договором.

В зависимости от объема передаваемых прав различаются договоры о выдаче простой (неисключительной) и исключительной лицензий. По договору *неисключительной лицензии* лицензиар, предоставляя лицензиату право на использование объекта промышленной собственности, сохраняет за собой все права, подтверждаемые патентом, в том числе и право на предоставление лицензий третьим лицам.

При выдаче *исключительной лицензии* лицензиату передается исключительное право на использование объекта промышленной собственности и в пределах, предусмотренных договором, с сохранением за лицензиаром права на его использование в части, не передаваемой лицензиату.

Взаимные права и обязанности лицензиата и лицензиара определяются заключенным договором, а также общими положениями гражданского законодательства о сделках, в том числе договорах, так как специальная регламентация этих отношений патентным правом фактически отсутствует. На практике при заключении лицензионных договоров стороны согласуют друг с другом ряд обычных условий, которые, с одной стороны, определяют объем передаваемых прав, а с другой — устанавливают дополнительные обязательства сторон.

К первой группе относятся условия о сроке и территориальных пределах действия передаваемых прав, круге разрешенных действий, сфере использования разработки, количественных ограничениях и т.п. Срок действия лицензии может быть, в принципе, любым, но не превышающим срока действия самого патента. На практике он обычно меньше, как правило, не превышает 3—5 лет.

Патент, выданный Патентным ведомством РФ, действует на всей территории РФ. Заключая лицензионный договор, стороны оговаривают территориальные пределы действия лицензии (вся территория РФ, территория субъекта РФ, другая территория и т.п.).

В отличие от уступки патентных прав, лицензия может быть выдана не только на все возможные способы использования разработки, но и лишь на некоторые из них, например только на применение разработки, только на ее продажу и т. д.

Наконец, права лицензиата могут быть ограничены какой-либо определенной сферой деятельности или отраслью промышленности, например производством потребительских товаров, предельным количеством выпускаемых изделий и т.п.

Ко второй группе относятся те условия лицензионного договора, которые определяют размер и порядок выплаты лицензионного вознаграждения, гарантии патентообладателя в отношении передаваемой разработки, взаимные обязательства по обмену усовершенствованиями, обязанности по защите передаваемых прав от посягательств третьих лиц и т.п.

Наиболее важным и сложным является определение лицензионного вознаграждения. Его размер и порядок выплаты определяются самими сторонами и, в принципе, могут быть любыми. Но для патентной практики обычен такой способ определения вознаграждения, как: а) установление единовременного вознаграждения при подписании лицензионного договора (так называемый паушальный сбор); б) установление текущих отчислений в процентном отношении к извлекаемой прибыли или к цене запатентованного продукта (так называемого роялти).

Завершая анализ лицензионных соглашений, укажем еще на два момента:

а) условия лицензионного договора не должны нарушать норм законодательства о конкуренции и ограничении монопольной деятельности (например, лицензиар не может диктовать лицензиату цены на реализуемую продукцию, запрещать заключать договоры с определенными категориями лиц и т.п.);

б) лицензионные договоры, равно как и договоры об уступке патентных прав, подлежат обязательному заключению в письменной форме и должны быть зарегистрированы в Патентном ведомстве РФ под страхом их недействительности. За регистрацию взимаются специальные пошлины.

С. Судебные патентные споры

1. Судебная экспертиза юридической силы патента

Когда патентообладатель возбуждает иск о нарушении его прав, предполагаемый нарушитель в свою защиту может привести довод о том, что данный патент вообще не должен был выдаваться. Зачастую ответчик по делам о нарушении патентных прав проводит глубокий поиск, которым вскрывается массив не рассмотренных при исследовании патентной заявки сведений об уровне техники. По причине недостатка экономических возможностей для деятельности патентных ведомств эксперт, занимающийся конкретной заявкой, может отвести на ее экспертизу лишь определенное количество времени. В большинстве стран финансирование патентных ведомств идет больше за счет сбора патентных пошлин, чем за счет бюджетных средств. Ответчик по иску может нанять несколько патентных экспертов и оплатить каждому из них длительный патентный поиск, в особенности по части новизны изобретения. Он может также оплатить поисково-библиотечную работу в лучших мировых технических библиотеках для обнаружения публикаций по уровню техники. Очевидно, что в ходе такого гораздо более тщательного исследования могут обнаружиться аналоги изобретений, сделанных раньше и не выявленных патентным экспертом. Даже тогда, когда не удастся обнаружить такие факты, ответчик может выдвинуть другой довод о том, что данное изобретение носит характер очевидного, т.е. закономерно следующего из накопленного уровня знаний, а привлеченные им специалисты из данной отрасли объяснят, насколько просто было прийти к столь очевидному решению на основе имеющегося уровня развития техники.

2. Судебное исследование формулы изобретения

Ответчик по делу о нарушении патентных прав может попытаться доказать, что способ изготовления либо сам изобретенный продукт, не охватываются формулой изобретения. Суд обязан в этой ситуации исследовать предполагаемое нарушение в отношении каждого пункта формулы. Вернемся к формулировкам пунктов формулы изобретения, которая рассматривалась выше:

«1. Пластинчатый ластик для стирания пометок имеет продолговатую форму, выполненную из резины, и... контейнер для чернил с шариковой головкой...»

Суд должен истолковать эту формулу. Допустим, что ответчик, производящий аналогичный ластик, использует не настоящую резину, а синтетическую. Суд, слушающий дело, должен истолковать словосочетание «из резины» и определить, может оно означать синтетическую резину или нет. Теперь предположим, что в своем изделии ответчик применяет не шариковую головку, а выполненный из фетра кончик. Понятно, что понятый буквально язык изложения формулы не совпадает с описанием изделия ответчика. Но в некоторых странах формулы изобретений трактуются расширительно и включают в себя «эквиваленты» описанных в формуле элементов. В таких странах использование фетровой головки стержня в изделии может не быть квалифицировано судом как нарушение патентных прав. При этом вполне возможно, что признание данного факта нарушением прав патентообладателя в одной стране не явится таковым в другой. Имеющиеся расхождения в национальных подходах к решению отдельных вопросов являются основным недостатком международной системы патентования.

3. Судебные запреты и возмещение убытков, причиненных нарушением прав патентообладателя

Соглашение ТРИПС предусматривает, что судебные запреты и решения о возмещении ущерба должны иметь место в отношении всех типов нарушений права интеллектуальной собственности. В вопросе о патентах судебными запретами, как правило, прекращается изготовление, продажа или использование запатентованного продукта или способа его изготовления. Тяжесть запрета заставляет ответчика начать переговоры с патентообладателем о заключении с ним лицензионного договора. В части второй ст. 45(2) Соглашения говорится:

«В соответствующих случаях страны—участницы Соглашения могут уполномочивать суд выносить решения о взыскании незаконно полученной прибыли и/или возмещении причиненного ущерба, даже в случаях, когда правонарушитель заведомо не знал, но мог знать, что своими действиями он нарушает чужие права».

В патентном законодательстве в отличие от законодательства о коммерческой тайне, как правило, предусматривается возмещение ущерба даже в случае, когда правонарушитель не знал, что действует противоправно, поскольку информация о патентах открыта, более того, часто доступна в Интернете, и сравнительно легко найти относящиеся к вопросу патенты. Но иногда Восприятие формулы изобретения и определение юридической силы патента бывает затруднительно. И тем не

менее в большинстве стран обязанность возместить причиненный ущерб налагается на нарушителей патентных: прав, даже если они действовали не намеренно. В некоторых случаях возмещение ущерба может принять форму платы за пользование патентом.

Права патентообладателей могут быть нарушены как в рамках заключенных ими лицензионных договоров, так и вне договоров. Нарушение лицензионного договора может состоять в выходе лицензиата за пределы предоставленных ему по договору прав либо в невыполнении или ненадлежащем выполнении лежащих на нем обязанностей. Способы защиты, которыми располагает патентообладатель (лицензиар), обычно определяются самим договором или вытекают из общих положений гражданского законодательства. Как правило, лицензионный договор предусматривает возможность применения к нарушителю таких санкций, как взыскание неустойки и возмещение убытков, а также досрочно*? расторжение договора в одностороннем порядке. Размер и вид неустойки, в частности ее соотношение с убытками, устанавливается самими сторонами. Если особых санкций, применяемых к виновной стороне, лицензионный договор не предусматривает, патентообладатель, опираясь на общегражданские правила, может требовать лишь возмещения причиненных ему убытков.

Внедоговорное нарушение патентных прав имеет место при любом несанкционированном использовании запатентованной разработки третьими лицами, кроме установленных законом случаев свободного использования чутких охраняемых объектов. Обязанность доказывания факта нарушения патента возлагается на патентообладателя. Решающее значение при этом имеют установление четких границ действия патента и того, что они нарушены конкретным ответчиком. Как уже указывалось, объем прав патентообладателя определяется формулой изобретения. Патентные права на изобретение будут, в частности, нарушенными, если в изготовленном продукте или примененном способе использован каждый признак изобретения, включенный в независимый пункт формулы, или признак, эквивалентный ему. Наличие в объекте техники или технологии признаков, содержащихся в зависимых пунктах формулы, для установления факта использования разработки значения не имеет.

Нередко нарушители патентных прав, желая замаскировать свои противоправные действия, вносят чисто внешние изменения в заимствованные объекты, в частности производят замену одних признаков другими. Если такая замена не привносит в объект техники ничего существенно нового, в частности не изменяет достигаемого результата, это служит основанием для признания патентных прав нарушенными. Для уяснения вопроса о том, могут ли замененные признаки считаться эквивалентными, нередко требуется анализ описания как источника для толкования формулы изобретения.

Если факт нарушения патентных прав доказан, патентообладатель вправе применить к нарушителю предусмотренные законом гражданско-правовые санкции или, что то же самое, воспользоваться тем или иным способом защиты своих нарушенных прав. Выбор конкретного способа защиты осуществляется потерпевшим, однако, как правило, он предопределяется видом и последствиями самого нарушения. Предусмотренные законом гражданско-правовые способы защиты патентных прав также неоднородны. В теории гражданского права они подразделяются на меры гражданско-правовой защиты и меры гражданско-правовой ответственности. Если для реализации первых достаточно лишь самого факта нарушения патентных прав, то для использования вторых требуется ряд условий, в частности наличие противоправности, вреда, причинной связи между действиями нарушителя и наступившими последствиями, а также вины нарушителя.

Самым распространенным способом защиты патентных прав является *требование патентообладателя о прекращении нарушения*. В частности, решением суда нарушителю может быть предписано прекратить незаконное изготовление запатентованного продукта или производство продукта запатентованным способом. Указанные действия признаются контрафактными и относятся к наиболее грубым нарушениям патентных прав. Их совершение без санкции патентообладателя во всех случаях, кроме прямо указанных в законе, образует нарушение патентных прав, хотя бы даже произведенный продукт и не поступил на рынок. По требованию патентообладателя должны быть немедленно прекращены и любые другие действия, представляющие собой несанкционированное вторжение в исключительную сферу патентообладателя, в частности реклама и продажа запатентованных изделий, их ввоз на территорию России и т.д.

С точки зрения юридической сущности рассматриваемая санкция является мерой гражданско-правовой защиты, а не мерой ответственности. Поэтому она в равной мере может быть применена как к виновным, так и к невиновным нарушителям патентных прав. Для ее реализации важен лишь сам факт нарушения патентной монополии. Например, патентообладатель может требовать прекращения применения или продажи продукта, защищенного патентом, и от того лица, который

использовал его, не зная, что продукт был введен в хозяйственный оборот с нарушением прав патентообладателя. При этом любое несанкционированное использование запатентованной разработки предполагается незаконным. Лицо, использующее разработку и отрицающее нарушение патентных прав, должно доказать правомерность своих действий. Например, оно может сослаться на то, что запатентованное средство применялось им при чрезвычайной ситуации либо в личных целях без получения дохода. При недоказанности этих и подобных им обстоятельств лицо признается нарушителем и должно прекратить незаконное использование запатентованной разработки.

Другой способ защиты нарушенных патентных прав — *требование о возмещении убытков*. В соответствии с гражданским законодательством под убытками подразумеваются расходы, произведенные лицом, право которого нарушено, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). Закрепленный законом принцип полного возмещения вреда действует и в отношении нарушенных прав патентообладателя. В рассматриваемой области убытки патентообладателя чаще всего выражаются в форме упущенной выгоды, что может быть связано с сокращением объемов производства и реализации запатентованной продукции, с вынужденным понижением цен и т.п. В задачу патентообладателя входят обоснование размера неполученных доходов и доказательство причинной связи между упущенной выгодой и действиями нарушителя.

Весьма важным для потерпевшего является указание п. 2 ст. 15 ГК на то, что, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, потерпевший вправе потребовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы. Опираясь на это правило, патентообладатель может обратиться в свою пользу тот доход, который получен нарушителем его исключительного права за весь период незаконного использования объекта промышленной собственности.

Непременным условием присуждения нарушителя к возмещению убытков является его вина. Форма вины нарушителя для гражданско-правовой ответственности значения не имеет и может выражаться как в его умысле на нарушение чужих патентных прав, так и в неосторожном нарушении патента. При этом вина нарушителя презюмируется. Если он сможет доказать свою невиновность, его можно заставить лишь прекратить нарушение, но с него нельзя взыскать какие-либо убытки.

Права на компенсацию причиненного ему морального вреда патентообладатель, по общему правилу, не имеет ввиду того, что за нарушение принадлежащих ему имущественных прав такой санкции законом не установлено. Однако если одновременно с этим были нарушены личные неимущественные права потерпевшего — гражданина (например, нарушено право авторства изобретателя, являющегося одновременно и патентообладателем), он может, опираясь на ст. 151 ГК, потребовать имущественной компенсации своих нравственных страданий. Размер компенсации определяется судом с учетом степени этих страданий, вины нарушителя и иных заслуживающих внимания обстоятельств.

Патентный закон РФ, к сожалению, прямо не предусматривает возможности ареста, конфискации, уничтожения или передачи потерпевшему контрафактных товаров по требованию патентообладателя или суда. Представляется, однако, что уже сейчас, до внесения соответствующих изменений в Патентный закон РФ, действующее законодательство не исключает применения некоторых из этих мер в рамках реализации других предусмотренных гражданским и патентным законодательством санкций. Так, например, арест контрафактных товаров может быть произведен судом как мера по обеспечению доказательств (ст. 57 ГПК РСФСР). Решение о передаче потерпевшему контрафактных товаров может быть принято в связи с присуждением в его пользу компенсации за причиненный вред и т.д.

Применение гражданско-правовых санкций за нарушение патентных прав возможно в пределах общего срока исковой давности, т.е. в течение трех лет со дня, когда патентообладатель узнал или должен был узнать о нарушении своего права. Иск заявляется в соответствии с общими правилами подсудности по месту жительства ответчика или месту нахождения органа или имущества юридического лица (ст. 117 ГПК РСФСР, ст. 25 АПК РФ).

Наиболее распространенным способом защиты ответчика является *встречный иск о признании патента недействительным*. Кроме того, ответчик может сослаться на имеющееся у него право преждепользования или свою управомоченность на использование запатентованной разработки в силу установленных законом изъятий из сферы патентной монополии.

Т. Административные меры борьбы с нарушениями прав патентообладателя

Соглашение ТРИПС включает в себя положения, по которым принимаются меры к задержанию товаров на таможне за подделку товарного знака или за пиратство в отношении авторских прав, но в нем нет положений, касающихся нарушений патентных прав. Таможенным органам относительно легко (если проводить сравнение с обнаружением патентных нарушений) выявить товары с поддельным товарным знаком или пиратские материалы. Обнаружение патентного нарушения требует проведения сравнения конкретного товара с весьма туманной формулой запатентованного изобретения. Это трудная задача даже для опытных юристов-патентоведов, а потому она не может быть возложена на обычного инспектора таможни. Задача становится еще более сложной, если предполагаемый нарушитель может представить на таможню доказательства недействительности патента точно так же, как, если бы он приводил доказательства в суде. По этой причине во многих странах не существует мер административного характера, применяемых таможней в защиту патентных прав. В тех немногочисленных странах, где такая защита существует, например в США, сначала проводится слушание в административном суде для определения факта патентного нарушения, как необходимого условия для принятия мер таможней.

У. Уголовно-правовая охрана прав патентообладателя

Соглашение ТРИПС предусматривает использование мер уголовно-правового характера за подделку товарных знаков и пиратство в отношении авторских прав, но не содержит аналогичных положений в отношении патентных нарушений. Точно так же и уголовные кодексы предусматривают уголовную ответственность за нарушение патентных прав не в таком объеме, как ответственность за фальшивые товарные знаки или пиратское использование авторских прав. Причина этого кроется в том, что обычно не бывает сомнений относительно наличия умысла в подделке товарного знака или в деле о пиратстве. Те, кто занимается массовым производством контрафактных компакт-дисков с записями известных исполнителей, знают заранее, что тем самым они нарушают закон. Однако в каждом случае патентных нарушений нельзя уверенно говорить о том, что правонарушитель действовал с заведомым умыслом, что запатентованное изобретение, правообладание которым было нарушено, действительно соответствует изобретательскому уровню, что оно отвечает требованию новизны и пр. Отсутствие уверенности, безусловно, значительно затрудняет доказывание преступного умысла при нарушении патентных прав.

Наряду с гражданско-правовыми санкциями российское законодательство предусматривает уголовно-правовую ответственность за некоторые нарушения прав изобретателей и патентообладателей. Так, в соответствии со ст. 147 УК РФ к числу уголовно-правовых нарушений отнесены незаконное использование изобретения, полезной модели или промышленного образца, разглашение без согласия автора или заявителя сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации сведений о них, присвоение авторства или принуждение к соавторству, если эти действия причинили крупный ущерб. Никакие другие действия, затрагивающие права на рассматриваемые объекты промышленной собственности, состава преступления не образуют ввиду того, что в уголовном праве нормы не подлежат никакому распространительному толкованию или применению по аналогии.

Незаконное использование объектов патентного права охватывает собой любое не санкционированное патентообладателем введение в хозяйственный оборот продукта, созданного с применением изобретения, полезной модели или промышленного образца, а также применение способа, охраняемого патентом на изобретение. Конкретными видами введения продукта в хозяйственный оборот являются такие действия, как его изготовление, применение, ввоз, хранение, предложение к продаже, продажа и т.п.

Под *разглашением сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации сведений о них* понимаются любые действия, связанные с распространением сведений об объектах промышленной собственности, которые могут привести к утрате ими патентоспособности или иным негативным последствиям. Поскольку указанные действия могут затрагивать как интересы авторов, так и интересы потенциальных патентообладателей, рассматриваемый состав теоретически ограждает как изобретательские, так и патентные права.

Присвоение авторства означает, что лицо, не принимавшее творческого участия в работе над объектом промышленной собственности, выдает себя за автора разработки, сделанной другим лицом. Наконец, под *принуждением к соавторству* подразумевается угроза совершить определенные действия (воздержаться от определенных действий), направленные против создателя разработки, если в число соавторов не будет включено лицо, не принимавшее творческого участия в работе над изобретением.

Новый УК РФ отнес рассматриваемое преступление к *материальным составам*. Это

означает, что нарушение изобретательских и патентных прав образует законченный состав преступления лишь тогда, когда указанными выше действиями причинен *крупный ущерб*. Если те же действия имели малозначительные последствия, они уголовным преступлением не являются.

Субъективная сторона характеризуется *прямым умыслом*. Лицо, незаконно использующее объект промышленной собственности, разглашающее сущность изобретения, полезной модели или промышленного образца, присваивающее авторство на чужую разработку или принуждающее к соавторству, совершает эти действия, сознавая их последствия и желая их наступления. Если сведения о разработке разглашены, а авторство на чужую разработку присвоено по неосторожности, основания для привлечения лица к уголовной ответственности отсутствуют. Принуждение к соавторству по неосторожности вообще исключено. В соответствии с общим правилом, действующим в уголовном праве, нарушитель предполагается невиновным и его вина должна быть установлена в судебном порядке.

В качестве наказания предусматривается применение к нарушителю штрафа в размере от двухсот до четырехсот минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до четырех месяцев, либо обязательных работ на срок от ста восьмидесяти до двухсот сорока часов, либо лишения свободы на срок до двух лет. Те же деяния, совершенные неоднократно или группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, наказываются штрафом в размере от четырехсот до восьмисот минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от четырех до восьми месяцев, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до пяти лет.

Как уже отмечалось, на практике меры уголовной ответственности за нарушения изобретательских и патентных прав не применяются. По мнению ряда специалистов, это не дискредитирует данные нормы, поскольку они выполняют превентивные функции. Такой вывод представляется спорным. Бездействие механизма уголовной ответственности в условиях, когда нарушения прав изобретателей носят массовый характер, порождает атмосферу беззакония. Поэтому более убедительными являются предложения тех ученых, которые предлагают либо вообще исключить из уголовного законодательства эти составы, либо реально применять на практике меры уголовно-правовой ответственности к конкретным нарушителям.

Ф. Роль юриста-патентоведа и патентного поверенного

1. Как избежать нарушения патентных прав

Важность роли юриста-патентоведа состоит в том, что он помогает клиентам избежать совершения патентных нарушений. Если клиент занимается внутренней торговлей, вполне достаточной будет сверка с перечнем национальных патентов во избежание нарушений прав их правообладателей. Если же клиент занимается экспортными операциями, то проверять придется патентные реестры также и по месту поставки товаров. Это означает, что на предмет избежания патентных нарушений надо будет проверить реестры патентов и на продукты, и на способы их изготовления. В случае проверки способов изготовления, как уже писалось выше, действует положение ст. 28 (1)(б) Соглашения ТРИПС, в котором говорится, что патентообладатель способа изготовления может не допустить импорта продуктов, изготовленных с использованием запатентованного им способа. Так, например, если продукт изготовлен в Канаде и продается только там, производитель должен беспокоиться исключительно о канадских патентах. Но, если продукт экспортируется из Канады в США и Мексику, то производитель должен быть уверен, что он не нарушает американских или мексиканских патентных прав на продукт и на процесс его изготовления. Данное лицо может сделать платный заказ поисковой патентной фирме, которая создаст для него патентную библиографию нужного профиля и выделит в ней новые патенты. Минимальное требование к такой библиографии состоит в том, что поиск должен быть осуществлен хотя бы на базе банка данных в Интернете¹⁰.

2. Когда следует избирать патентную охрану

Ключевой совет, который юрисконсульт может дать своему клиенту — частному изобретателю или фирме, занимающейся исследованиями, это совет о том, когда следует прибегать к патентной охране. Во многих случаях такая охрана может оказаться просто недоступной ввиду непатентоспособности объекта. Для какой-то компании список ее клиентов может быть весьма

¹⁰ См страницу в Интернете <http://www.uspto.gov> и <http://www.european-patent-office.org>

ценной коммерческой тайной, но он явно не патентоспособен. Кинофильм может быть защищен авторским правом и договорами с кинотеатрами и телекомпаниями, но он никак не может быть запатентован. А вот новый производственный процесс может получить охрану и как коммерческая тайна, и как изобретение. Поэтому здесь важно выбрать, какой именно вид охраны является целесообразным. Новый притягательный товар широкого спроса очень скоро будет скопирован, если его не запатентовать. Но патентование — очень дорогая процедура. Получение мировой патентной охраны на изобретение может стоить около полумиллиона долларов. Поэтому автор изобретения должен тщательно взвесить стоимость получения патента и объем ожидаемой прибыли. Он может принять решение о выборочном патентовании своего изобретения, например только в США и в Японии, и не патентовать его в таких странах, как Германия, где стоимость процедур оформления очень высока, или Эстония, где рынок чрезвычайно мал. Для компаний, занятых исследованиями и изобретательством, важно наладить настоящий процесс получения патентов. Это означает, что работникам этих компаний вменяется в обязанность (которая кроме всего прочего поощряется материально) сообщать о результативных идеях, которые могут привести к получению патента. Они должны работать в тесном контакте либо с находящимися в штате компании экспертами по патентам, либо с экспертами, специально приглашаемыми в компанию для обзора банка идей. Компания должна иметь стратегическое бюджетное планирование, предусматривающее расходы на патентование. С учетом того, что процесс патентования требует больших затрат, компания должна отбирать для патентования наиболее продуктивные с точки зрения мирового рынка идеи (например, карбюратор, экономящий расход топлива), которые, будучи претворенными в изобретение, могут быть востребованы во многих странах. При этом изобретения местного значения надо патентовать ограниченно (например, способы получения оливкового масла патентовать в Греции, Италии и Испании, но не в Финляндии или Японии), и не патентовать совсем изобретения, если расчеты показывают, что их применение не оправдывает затрат на процесс оформления (например, усовершенствование ручной маслобойки).

Действие патентов на объекты промышленной собственности, как правило, ограничивается территорией тех государств, патентные ведомства которых их выдали. Чтобы разработка пользовалась правовой охраной в других странах, она должна быть там запатентована. Иными словами, обладатель прав на разработку должен составить и подать заявку на выдачу патента во всех тех странах, где он желает получить охрану.

Вполне понятно, что при этих условиях обеспечение охраны разработки в сравнительно широких масштабах требует затраты больших сил и средств, которые должны соизмеряться с теми выгодами, на которые может рассчитывать патентообладатель. И хотя за последние годы усилиями мирового сообщества создан механизм, который значительно облегчает процедуру зарубежного патентования, перед патентообладателем всякий раз встает немало вопросов, связанных с выбором стран и процедуры патентования, форм и мероприятий, необходимых для реализации объектов техники на внешнем рынке и т.п.

Прежде всего патентообладатель должен решить вопрос относительно *целесообразности самого зарубежного патентообладания*. Для патентования за границей отбираются разработки, имеющие перспективы коммерческой реализации в виде экспорта продукции, продажи лицензий, создания совместных предприятий и т.п.

Патентование разработок за границей, как правило, целесообразно, если их использование в объектах техники обеспечивает более высокие технико-экономические и иные показатели по сравнению с лучшими зарубежными образцами. При этом есть смысл патентовать лишь такие разработки, за использованием которых можно осуществлять практический контроль. Если же применение разработки ограничивается внутренними потребностями зарубежных фирм и может быть осуществлено любым заинтересованным лицом лишь на основе сведений, содержащихся в описании, перспективы коммерческой реализации такой разработки на внешнем рынке практически отсутствуют.

Далее, принимая решение о зарубежном патентообладании, заявитель должен учитывать требования российского патентного законодательства. Патентный закон РФ устанавливает, что патентование разработки за рубежом осуществляется не ранее чем через три месяца после подачи заявки в Патентное ведомство РФ (ст. 35 Патентного закона РФ). В отдельных случаях Патентное ведомство РФ может разрешать патентование разработки за рубежом и ранее указанного срока, но подача заявки в Патентное ведомство РФ все равно необходима.

Наконец, должны учитываться особенности патентного законодательства стран патентования и участие этих стран в международных и региональных договорах по охране промышленной собственности. В разных странах к патентоспособности разработок предъявляются разные требования; решения, не охраняемые в одних странах, могут быть вполне патентоспособными в других; по-разному определяется приоритет заявки и т.п.

3. Что делать, если произошло нарушение патентного права

Патентообладатель должен знать, какие меры надо предпринять в случае нарушения его прав. Прежде всего надо установить факт нарушения. Сделать это трудно по многим причинам. Если владелец патента имеет мировую патентную охрану, то нарушение придется искать по всему миру. Даже при самом большом старании можно не обнаружить нарушения патентных прав на способ изготовления, если он тайно используется за закрытыми дверями. Когда же нарушение обнаружено, реагировать можно несколькими способами. Один из них состоит в том, что в случае относительно малой серьезности нарушения и ввиду больших расходов на преследование нарушителя предпринимать ничего не надо. Но если у патентообладателя есть отношения с лицензиатами, то именно они могут подталкивать его на возбуждение преследования против правонарушителя. Лицензиаты, естественно, не захотят платить за использование патента, если правообладание не защищено от конкурентов. К сожалению, возбуждение исков по делам о патентных нарушениях, — дело дорогостоящее. Оно может потребовать участия высокооплачиваемых экспертов для установления критерия изобретательского уровня. Оно может потребовать и комплексного анализа бухгалтерских балансов нарушителя для установления уровня продаж и получения прибыли. В связи с тем, что существует возможность того, что обвиняемый в нарушении патентного права докажет отсутствие у изобретения изобретательского уровня, возбуждение иска является делом рискованным.

VI. Другие виды патентоспособной интеллектуальной собственности

A. Полезные модели

В некоторых странах существует патентная охрана полезных моделей. Полезная модель — это своего рода второй класс патентоспособности, и требования, предъявляемые к ней, ниже требований, предъявляемых к изобретениям. В частности, критерий изобретательского уровня (т.е. степень неочевидности), значительно более низок. Малое изобретение требует, соответственно, и меньшего вознаграждения, а потому и срок патента на полезную модель короче срока действия обычного патента. Как правило, законодательством о полезных моделях предусматривается, что запатентованы могут быть только технические средства решения задачи в виде устройства, что исключает из сферы применения понятия полезной модели такие важные современные области технологии, как химическая, электронная и фармацевтическая. Понятно, что изобретатель чего-то значительного предпочтет более долгий срок охраны своего изобретения обычным патентом. Кроме того, получение патента на полезную модель может привести к раскрытию коммерческой тайны, поскольку по опубликовании патентной заявки, информация о ней становится общедоступной. Поэтому во многих странах, например в США, нет института патентования полезной модели.

В Российской Федерации правовая охрана полезных моделей была введена в 1992 г с принятием Патентного закона РФ, что было достаточно неожиданным, так как этому не предшествовало сколько-нибудь широкое обсуждение данного вопроса специалистами. В качестве полезных моделей охраняются *новые и промышленно применимые решения, относящиеся к конструктивному выполнению средств производства и предметов потребления, а также их составных частей* (п. 1 ст. 5 Патентного закона РФ).

Понятием «полезная модель» обычно охватываются такие технические новшества, которые по своим внешним признакам очень напоминают патентоспособные изобретения, однако являются менее значительными с точки зрения их вклада в уровень техники.

Законодательство тех стран, которые предоставляют особую охрану подобным объектам, устанавливает, как правило, более упрощенный порядок выдачи на них охранных документов (иногда именуемых малыми патентами), сокращенный срок их действия, менее значительные пошлины и т.п. Что касается круга охраняемых в качестве полезной модели объектов, то в мировой практике наметилась отчетливая тенденция к признанию полезными моделями лишь решений-устройств, относящихся к форме или конструкции изделий. Число стран, толкующих понятие полезной модели расширительно, с включением в него того же круга объектов, которые могут стать изобретениями, неуклонно сокращается.

Патентный закон РФ, как видно из содержащегося в нем определения, исходит из узкого понятия полезной модели, то есть ею признается только решение, заключающееся в пространственном расположении материальных объектов. В качестве полезной модели не охраняются решения, относящиеся к способам, веществам или штаммам.

Как и изобретение, полезная модель является техническим решением задачи. Их основное различие заключается в двух моментах. Во-первых, в качестве полезной модели охраняются не любые технические решения, а лишь те, которые относятся к типу устройств, то есть к конструктивному выполнению средств производства и предметов потребления.

Во-вторых, к полезной модели не предъявляется требование изобретательского уровня. Это, однако, не означает, что полезной моделью может быть признано очевидное для любого специалиста решение задачи. Полезная модель, как и изобретение и другие объекты интеллектуальной собственности, должна быть результатом самостоятельного изобретательского творчества. Но степень творчества может быть меньшей, чем это требуется для признания решения изобретением. Кроме того, наличие изобретательского творчества не проверяется при выдаче охранного документа на полезную модель. Для признания решения полезной моделью оно должно обладать *новизной и промышленной применимостью*.

Полезная модель признается *новой*, если совокупность ее существенных признаков неизвестна из уровня техники, то есть совокупности общедоступных в мире сведений.

Однако, в отличие от изобретений, в состав уровня техники при исследовании новизны полезной модели не включаются сведения об открытом применении за пределами России средств, тождественных заявленной полезной модели.

Во всем остальном (требование общедоступности сведений, определение новизны на дату приоритета, льгота по новизне, предоставляемая заявителю, и т. д.) признак новизны полезной

модели совпадает с новизной изобретения.

Критерии промышленной применимости по отношению к полезной модели имеет точно такое же значение, что и по отношению к изобретению. Он свидетельствует о том, что заявленное решение является осуществимым и заявителем разработаны и отражены в заявке конкретные средства, достаточные для воплощения его в жизнь.

Патентование полезных моделей осуществляется по явочной процедуре, т.е. на основании одной лишь формальной экспертизы заявки без проверки критериев патентоспособности по существу. Соответственно, охраненный документ, который именуется свидетельством на полезную модель, выдается на страх и риск заявителя без гарантии того, что он выдан на патентоспособную разработку. Если заявитель желает выяснить, насколько надежно полученное им свидетельство на полезную модель, он может просить Патентное ведомство о проведении информационного поиска с целью проверки соответствия запатентованной разработки критериям новизны и промышленной применимости.

Важным положением российского патентного права является право заявителя на преобразование заявки на полезную модель в заявку на изобретение и наоборот. Сделать это можно до принятия решения о выдаче свидетельства на полезную модель либо до публикации сведений о заявке на изобретение.

Свидетельство на полезную модель действует в течение пяти лет начиная с даты приоритета и по ходатайству заявителя может быть продлено еще на три года. Права владельца свидетельства на полезную модель равнозначны правам обладателя патента на изобретение.

Б. Промышленные образцы

Правовая охрана промышленных образцов может иметь режимы, сходные с патентной охраной, охраной авторских прав или товарных знаков. По патентной схеме охраны обладатель права получает защиту от использования данного промышленного образца как художественно-конструкторского решения другими лицами, независимо от того, создали ли они его независимо или скопировали. По схеме охраны авторского права промышленный образец, если в нем наличествует хотя бы минимальный уровень творчества, получает охрану, но только от копирования. По схеме охраны товарных знаков промышленный образец получает защиту от схожести по внешнему виду, которая в условиях рынка может ввести в заблуждение относительно происхождения товара. Статьей 25(2) Соглашения ТРИПС предусмотрено, что страны-участницы Соглашения свободны в выборе средств обеспечения охраны либо «через законодательство о промышленных образцах, либо через законодательство об авторском праве».

В данном разделе мы остановимся на рассмотрении охраны промышленных образцов по схеме патентного права. Другие формы охраны будут соответственно рассматриваться в главах об авторском праве и товарных знаках. В одних странах действует только одна из указанных схем охраны промышленных образцов, в других сосуществуют два или три подхода. К сожалению, подход к вопросу об охране промышленных образцов по патентному типу далеко не единообразен, в связи с чем возникли значительные трудности в плане унификации и упрощения патентного права. В настоящее время основные усилия направлены на гармонизацию подходов к проблеме охраны промышленных образцов, и в этом смысле первые шаги делаются в сторону упрощения получения мировой патентной охраны на промышленные образцы.

Обычные патенты выдаются только после изучения патентным ведомством заявки по критериям новизны и изобретательского уровня. И хотя практика такого изучения не одинакова в разных странах, данные критерии являются ключевыми и общими в подавляющем большинстве систем патентования. Охрана промышленных образцов в разных странах различна. В ряде стран, в том числе и в США, действует патентная охрана промышленных образцов, по форме близко подходящая к режиму патентной охраны полезных моделей. Однако во многих других странах дело обстоит иначе. В некоторых из них охрана промышленных образцов вводится автоматически без предъявления к ним требований по их регистрации или экспертизе, и способ охраны скорее похож на охрану авторских прав, чем на патентную охрану. Критерий новизны так же варьируется от страны к стране. В одних странах требуется, чтобы данный промышленный образец не был до этого использован нигде в мире. В других требуется, чтобы он не был использован в какой-то конкретной стране или не использовался в течение определенного предшествующего периода времени. Критерий изобретательского уровня так же

варьируется от страны к стране. В некоторых применяется критерий, близкий к критерию, применяемому в отношении изобретений. В других требуется просто внешнее отличие от предшествующих аналогов.

Патентоподобная охрана, как правило, связана с требованием регистрации промышленного образца и испрашиваемых к охране пунктов его формулы в национальном ведомстве по интеллектуальной собственности. Во многих странах, однако, в отличие от процедуры патентования, не существует экспертизы заявок на промышленные образцы. Если заявка отвечает чисто формальным требованиям и уплачена соответствующая пошлина, она регистрируется автоматически. Поэтому в странах, где нет предварительной экспертизы заявки на промышленный образец, в случае возбуждения судебного иска о нарушении прав суду придется с самого начала решать вопросы о новизне и оригинальности промышленного образца.

Такие широкие расхождения сделали весьма затруднительными гармонизацию и упрощение этой отрасли международного права. Существует международный договор — Гаагское соглашение о международной депозитарии промышленных образцов, но его вряд ли можно признать удачным¹¹. В Соглашении внимание сконцентрировано, прежде всего, на унификации и упрощении процедур получения охраны промышленных образцов в тех странах, где не существует экспертных процедур. Сейчас предпринимаются шаги по разработке проекта нового договора, который не только облегчил бы процедуры подачи заявок в тех странах, где не проводится их экспертиза, но и упростил бы процедуры получения правовой охраны в тех странах, где заявки подвергаются экспертизе (по аналогии с Договором о патентной кооперации).

В рамках ЕС также предпринимаются попытки создать общеевропейскую систему охраны промышленных образцов. В ней будет принят единый процесс регистрации и она будет осуществляться Службой ЕС по гармонизации внутреннего рынка товарных знаков и промышленных образцов¹². Кроме того, рассматривается вопрос о развитии европейских правовых принципов охраны промышленных образцов, что сможет примирить противоречащие друг другу национальные схемы их правовой охраны.

Однако все еще остается много спорных вопросов. Наиболее сложными являются вопросы по промышленным образцам автомобильных частей. Страховые компании, независимые поставщики запасных частей и союзы потребителей возражают против тех правил, которые предоставляют исключительные права на запасные части производителям автомобилей. Существует распространенное мнение о том, что охрана промышленных образцов не должна охватывать такие невидимые «подкапотные» части автомобиля, как масляные фильтры и пр. Действительно, нет серьезных причин стимулировать художественное решение внешнего вида тех частей, которые большинство людей никогда не видит, и есть смысл стимулировать конкуренцию в обеспечении потребителей фильтрами, свечами зажигания и т.д. Производители автомобилей имеют особенно слабую аргументацию в пользу охраны таких частей машины, которые должны точно подходить по размерам к отведенному для них отверстию, например хвостового сигнала автомобиля. Наиболее спорным является момент «должен подходить». Если в аварии повреждено правое переднее крыло машины, заменить его может только точно такое же крыло. С другой стороны, если поврежден бампер, то бампер другого рисунка не нарушит симметрии, но не будет соответствовать стандарту внешнего вида. Поэтому производители автомобилей предложили компромиссное решение, по которому они будут получать соразмерные отчисления от продаж «точно соответствующих» запасных частей.

В связи с тем, что не существует достаточного единообразия в вопросе об охране промышленных образцов, в Соглашение ТРИПС включены лишь минимальные требования. Так, ст. 25(1) гласит:

«Страны—участницы Соглашения обеспечивают правовую охрану независимо созданных промышленных образцов, отвечающих критериям новизны и оригинальности. Страны—участницы Соглашения могут считать, что образцы не являются новыми или оригинальными, если они незначительно отличаются от известных образцов или комбинаций известных элементов. Страны—участницы Соглашения могут не распространять охрану на образцы, создание которых продиктовано исключительно техническими соображениями или соображениями функциональности».

Последнее предложение указывает на различие между промышленным образцом и полезной моделью. В большинстве стран отказывают в охране элементов промышленного образца, которая обычно предоставляется патентной охраной полезных моделей. Предоставление в этих случаях охраны промышленным образцам могло бы привести к созданию монопольных прав без

¹¹ См страницу в Интернете <http://www.wipo.org>

¹² См. страницу в Интернете <http://oami.eu.int/default.htm>

соответствия их высоким стандартам новизны и оригинальности, предъявляемым к полезным моделям. Например, модель тормозных колодок автомобиля, которые не способны быстро остановить машину на обледеневшей дороге, может стать полезной моделью, только если она отвечает критериям новизны и оригинальности. Но даже красивые тормозные колодки не должны получать правовой охраны промышленного образца.

В России, как и в других странах, оригинальные решения внешнего вида промышленных изделий могут охраняться в трех возможных формах: как объекты авторского права (в частности, произведения декоративно-прикладного искусства); в качестве товарных знаков (в частности, объемных); и, наконец, посредством признания их особым объектом промышленной собственности — промышленным образцом. Каждая из названных форм охраны имеет как свои преимущества, так и недостатки. Наиболее действенной формой охраны, которая, однако, предоставляется на достаточно ограниченное время и связана с наибольшими финансовыми издержками, является охрана таких решений в рамках патентного права, предполагающая официальное признание их промышленными образцами.

В соответствии с п. 1 ст. 6 Патентного закона РФ промышленным образцом является *художественно-конструкторское решение изделия, определяющее его внешний вид*. Как и изобретение, промышленный образец представляет собой нематериальное благо, результат умственной деятельности, который может быть воплощен в конкретных материальных объектах. Однако если изобретение является техническим решением задачи, то промышленным образцом признается решение внешнего вида изделия, то есть дизайнерское решение задачи.

Родовой признак промышленного образца — *дизайнерское решение* — означает, что в решении содержатся указания на конкретные средства и пути реализации творческого замысла дизайнера. Если задача лишь поставлена, но фактически не решена, промышленный образец как самостоятельный объект еще не создан.

Задача, решаемая с помощью промышленного образца, состоит в определении внешнего вида изделия. Под изделиями в данном случае понимаются самые разнообразные предметы, предназначенные для удовлетворения человеческих потребностей, которые могут восприниматься визуально и способны относительно сохранять свой внешний вид. Внешний вид изделия может включать различные признаки, но в конечном счете он определяется выразительностью и взаимным расположением основных композиционных элементов, формой и цветовым исполнением.

Решение внешнего вида изделия должно носить художественно-конструкторский характер. Иными словами, во внешнем виде изделия должны сочетаться художественные и конструкторские элементы. Использование одних лишь художественных средств, например изменение цвета изделия, равно как и одних конструкторских средств, например изменение размера изделия, для промышленного образца недостаточно. Художественные и конструкторские элементы должны гармонично сочетаться и взаимно дополнять друг друга.

Промышленным образцом могут быть: целое единичное изделие, его часть, комплект (набор) изделий и варианты изделия. *Изделие* как объект промышленного образца может быть, в свою очередь, объемным (модель), плоскостным (рисунок) или составлять их сочетание. Объемные промышленные объекты представляют собой композицию, в основе которой лежит объемно-пространственная структура, например художественно-конкретное решение, определяющее внешний вид станка, машины, обуви и т.п. Плоскостные промышленные объекты характеризуются линейно-графическим соотношением элементов и фактически не обладают объемом (например, внешний вид ковра, платка, ткани, обоев и т.п.). Комбинированные промышленные образцы сочетают в себе элементы, свойственные объемным и плоскостным промышленным образцам (например, внешний вид информационного табло, циферблата часов и т.п.).

Часть изделия может быть заявлена в качестве промышленного образца в том случае, если она предназначена для унифицированного применения, то есть может быть использована с целым рядом изделий, а также обладает самостоятельной функцией и завершенной композицией. Например, самостоятельным промышленным образцом могут быть признаны фары, различного рода ручки, седло для велосипеда и т.п.

Комплект (набор) изделий признается промышленным образцом, если входящие в его состав элементы, выполняющие разнообразные функции, отличные друг от друга, подчинены общей задаче, решаемой комплектом в целом. Например, как промышленный образец могут быть зарегистрированы чайный или столовый сервиз, мебельный гарнитур, набор инструментов и т.п.

Вариантами промышленного образца может быть художественно-конструкторское решение одних и тех же изделий, различающихся по совокупности существенных признаков, определяющих одинаковые эстетические и эргономические особенности изделий. Например, вариантами промышленного образца может быть художественно-конструкторское решение двух или нескольких автомобилей одной модели, отличающихся друг от друга формой облицовки, ручек, фар

и т.п.; стульев, отличающихся фактурой и цветом декоративной обивочной ткани, и т.д.

Внешний вид некоторых предметов материального мира не может заявляться в качестве промышленного образца. Так, не признаются промышленным образцом:

1) изделия, внешний вид которых обусловлен исключительно их технической функцией (гайки, болты, винты, сверла и т.п.);

2) объекты архитектуры, кроме малых архитектурных форм, например внешний вид киосков, палаток, телефонных будок и т.п.;

3) печатная продукция как таковая, которая охраняется нормами авторского права;

4) объекты неустойчивой формы из жидких, газообразных, сыпучих или им подобных веществ, так как неустойчивость их формы не позволяет придать им внешний вид с помощью художественно-конструкторских средств;

5) изделия, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали (например, рисунки и надписи порнографического и оскорбительного характера).

Итак, промышленным образцом в широком смысле является любое художественно-конструкторское решение изделия, определяющее его внешний вид. В этом смысле промышленным образцом могут считаться решения внешнего вида любых новых изделий, выпускаемых промышленностью, которые в своей подавляющей массе нигде не регистрируются и никак не охраняются.

Правовая охрана предоставляется тем промышленным образцам, которые являются *новыми, оригинальными и промышленно применимыми*. Указанные критерии патентоспособности, закрепленные Патентным законом РФ, соответствуют наиболее распространенным в мировой практике признакам охраняемых правом промышленных образцов. Рассмотрим вкратце эти критерии.

Промышленный образец признается *новым, если совокупность его существенных признаков, определяющих эстетические и эргономические особенности изделия, неизвестна из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета промышленного образца*.

При этом под *существенными признаками* промышленного образца понимаются признаки, объективно присущие художественно-конструкторскому решению изделия, каждый из которых необходим, а все вместе достаточны для создания зрительного образа изделия. К новизне промышленного образца предъявляются точно такие же требования, как и к новизне изобретения.

Промышленный образец признается *оригинальным, если его существенные признаки обуславливают творческий характер эстетических особенностей изделий*. Данный признак выполняет применительно к промышленному образцу примерно такую же роль, какую играет относительно изобретений критерий изобретательского уровня: с его помощью охраноспособные промышленные образцы как творческие художественно-конструкторские решения отграничиваются от результатов обычной дизайнерской работы. Правовой охране подлежат лишь те решения, которые, выходя из рамок обычного проектирования, воспринимаются как неожиданные, несхожие с известными художественно-конструкторскими разработками.

Поэтому, например, не признаются промышленными образцами как не обладающие оригинальностью игрушки в виде уменьшенного, упрощенного реального объекта, так как специфика художественно-конструкторского решения должна быть результатом творческого переосмысления формы реальных изделий; изделия, искусственно сохраняющие форму, свойственную изделиям определенного назначения, но выполненные на другой технической основе (например, пластмассовый бочонок, имитирующий деревянный), и т.п.

Промышленный образец является *промышленно применимым, если он может быть многократно воспроизведен путем изготовления соответствующего изделия*. Именно возможность воспроизведения делает актуальной патентно-правовую форму охраны оригинального художественно-конструкторского решения. Если решение внешнего вида изделия практически невоспроизводимо (например, когда речь идет о высокохудожественной ручной работе), необходимость в его патентной охране, как правило, отсутствует. В этом случае права создателя творческого результата в достаточной мере охраняются нормами авторского права.

Критерий промышленной применимости не означает, однако, что решение внешнего вида изделия должно быть обязательно воспроизводимо промышленным путем, хотя, конечно, именно такой способ воспроизведения прежде всего имеется в виду. Как промышленные образцы охраняются и решения внешнего вида тех изделий, при изготовлении которых в большой степени применяется ручной труд. Акцент делается на самой возможности многократного воспроизведения соответствующих изделий, а не на способе воспроизведения. При оценке промышленной применимости проверяется, конечно, и сама осуществимость заявленного промышленного образца с помощью описанных в заявке или известных средств, способов и материалов.

Патент на промышленный образец выдается лишь при положительном решении экспертизы

по существу Последняя проводится по всем без исключения заявкам, успешно прошедшим стадию формальной экспертизы, без подачи заявителем специального ходатайства о проведении экспертизы по существу.

Срок действия патента на промышленный образец составляет десять лет и по ходатайству патентобладателя может быть продлен еще на пять лет. Объем и содержание прав обладателя патента на промышленный образец, а также порядок и способы их защиты совпадают с правами владельца патента на изобретение.

В. Сорты растений и породы животных

1. Общие принципы

Соглашение ТРИПС устанавливает патентную охрану в отношении микроорганизмов. Согласно Соглашению предусматривается, что страны-участницы в отношении растений вводят либо патентную охрану, либо своего рода генетическую защиту. В Соглашении нет положений об охране пород животных (исключение составляют пункты о микроорганизмах). На практике во многих странах не существует права интеллектуальной собственности в отношении выведенных пород животных, но при этом есть один или два вида охраны новых сортов растений.

Хотя селекция как целенаправленная деятельность людей по преобразованию объектов живой природы является одним из самых ранних достижений человечества, правовое регулирование общественных отношений в данной сфере началось лишь в XX в. В России охрана некоторых объектов селекции — вновь выведенных или улучшенных сортов зерновых — была впервые введена в конце 30-х годов. В дальнейшем круг охраняемых объектов селекции постоянно расширялся, однако их охрана осуществлялась в рамках законодательства об изобретениях, к которым они условно приравнивались. Размежевание селекционных достижений и изобретений произошло лишь с принятием Патентного закона РФ. Вслед за этим появился специальный Закон РФ от 6 августа 1993 г. «О селекционных достижениях», который вместе с принятыми в его развитие подзаконными актами образует российское законодательство об охране селекционных достижений.

2. Сорты растений

В настоящее время отмечается тенденция роста охраны растительного мира. Международный союз охраны новых сортов растений¹³ был создан в целях исполнения положений Международной конвенции по охране новых сортов растений. Последний вариант текста Конвенции (Акт 1991 г.) к настоящему времени ратифицирован значительным числом высокоразвитых государств, включая Соединенные Штаты (которые являются одним из ведущих мировых производителей сельскохозяйственной продукции), государства Европейского экономического сообщества и Японию (которая является основным импортером продукции сельского хозяйства). По мере вступления в Конвенцию страны пересматривают свое законодательство с тем, чтобы устранить разночтения с ее положениями и ввести единую терминологию. Статья I(vi) Конвенции определяет понятие «сорт растений» следующим образом:

«Сорт означает группу растений в одном ботаническом таксоне самого нижнего разряда, которая вне зависимости от условий охраноспособности может быть определена по признакам, характеризующим данный генотип, либо комбинацию генотипов; отличима от других групп растений одним или несколькими признаками и однородна, как совокупность устойчиво воспроизводимых при размножении признаков».

Такое широкое определение сорта растений охватывает как охраноспособные, так и неохраноспособные виды. Критерии охраноспособности сформулированы в ст. 5(1) Конвенции, где говорится, что охрана может быть предоставлена сорту растений, если он является:

- (i) новым;
- (ii) отличимым;
- (iii) однородным;
- (iv) устойчивым (стабильным).

Критерий новизны в отношении сортов растений не такой строгий, как этот же критерий в отношении изобретений. В ст. 6(1) Конвенции говорится, что «сорт считается новым, если на дату подачи заявки на выдачу патента семена или племенной материал данного вида не продавались и не передавались иным образом другим лицам, самим селекционером или с его согласия в целях

¹³ См. страницу в Интернете <http://www.upov.int>

использования этого сорта (i) на территории договаривающейся стороны, на которой была подана заявка, в период не менее года до даты ее подачи и (ii) на территории, иной, чем территория договаривающейся стороны, на которой подана заявка, в период не менее четырех лет до даты подачи, а применительно к деревьям и винограду в период не менее шести лет с указанной датой».

Критерий отличимости совершенно не похож на понятия изобретательского уровня или оригинальности. Статья 7 Конвенции гласит:

«Новый сорт должен явно отличаться от любого другого общеизвестного сорта, существующего на момент подачи заявки».

Отсюда видно, что критерий изобретательского уровня полностью отсутствует. Селекционер может просто обнаружить новый вид растений в своем саду. Бывает очень трудно определить, является ли данный сорт общеизвестным. Поэтому в ст. 7 также содержится положение о регистрации в официальных источниках информации об общеизвестных видах растений. В частности, говорится, что поданная заявка на получение правовой охраны или на включение нового сорта в официальный реестр растений в любой стране должна отражать его сравнение с общеизвестными видами на дату подачи заявки. При этом к общеизвестным приравнены и те виды растений, на которые уже испрошен патент или допуск к использованию.

В ст. 8 и 9 Конвенции соответственно определяются понятия однородности и стабильности:

«Сорт считается однородным, если сохраняются его основные признаки, несмотря на отдельные отклонения, которые могут возникнуть в связи особенностями размножения».

«Сорт считается стабильным, если его основные признаки остаются неизменными после неоднократного размножения или, в случае особого цикла размножения, в конце каждого цикла».

Указанные характеристики сильно отличаются от описания изобретения, которого требует патентное законодательство. Отличается также и объем охраны новых видов растений по сравнению с объемом охраны, которую дает обычный патент. В соответствии с Соглашением ТРИПС исключительные права охватывают:

- (i) производство или репродукцию (размножение),
- (ii) создание условий для целей размножения,
- (iii) предложение к продаже,
- (iv) продажу и иные формы маркетинга,
- (v) экспорт,
- (vi) импорт,
- (vii) создание запасов с любыми целями, указанными в пунктах (i)-(vi).

Исключительное право на импорт особенно важно. Оно означает, например, что селекционер может контролировать ввоз новых сортов растений в страны, где они не могут произрастать по климатическим УСЛОВИЯМ. Примером может служить импорт тропических фруктов в страны Северной Европы.

Статьи 15 и 16 Соглашения предусматривают важные изъятия из исключительных прав селекционера. В частности, допускается, что страны—участницы Соглашения могут включать в национальное законодательство положения, по которым фермерам разрешается оставлять у себя селекционные семена для посадки.

Охрана новых сортов растений в российском праве основывается на принципах Международной конвенции по охране новых сортов растений, к которой Российская Федерация присоединилась в 1997 г. Критериями охраноспособности решений по выведению новых сортов выступают новизна селекционного достижения, его отличимость, однородность и стабильность, содержание которых раскрывается в Законе РФ «О селекционных достижениях» в основном так же, как и в Конвенции 1961 г. Однако в дополнение к этому в п. 1 ст. 4 Закона указывается, что охраноспособными могут быть признаны не любые отвечающие указанным выше критериям сорта, а лишь те их роды и виды, перечень которых устанавливается специально уполномоченным на то государственным органом, а именно Государственной комиссией РФ по испытанию и охране селекционных достижений, с учетом международных обязательств Российской Федерации.

3. Породы животных

В законодательстве многих стран не предусмотрена патентная или сходная с ней форма охраны животных, за исключением охраны микроорганизмов. Статья 27(3) Соглашения ТРИПС гласит, что «страны — участницы Соглашения могут исключать из сферы патентования... животных, кроме микроорганизмов». Тем не менее, в ряде стран существует патентная охрана новых пород животных, осуществляемая на общих основаниях. В некоторых других странах патентование не разрешается, но есть формы охраны новых пород животных, сходные с описанными выше схемами охраны новых сортов растений. Есть и такие страны, где разрешается н

патентная охрана, и использование особых форм. По мере развития генной инженерии ученые во все большей степени контролируют генные коды животных, используя вполне надежные процессы с предсказуемыми результатами. Именно это значительно облегчает решение вопроса об отнесении генной инженерии животных в сферу действия патентной охраны.

По российскому законодательству породой животных как особым объектом селекционного достижения признается группа животных, которая независимо от охраноспособности обладает генетически обусловленными биологическими и морфологическими свойствами и признаками, причем некоторые из них специфичны для данной группы и отличают ее от других групп животных. Порода может быть представлена женской или мужской особью или племенным материалом. Охраноспособными категориями породы являются тип и кросс линий.

Признание новой породы животных селекционным достижением осуществляется в соответствии с теми же критериями и в том же порядке, которые установлены в отношении сортов растений.

VII. Авторское право

А. Теоретические основы охраны авторских прав

Процесс исторического развития авторского права в странах континентальной Европы и в англоязычных странах шел по-разному. Континентальное европейское право развивалось в направлении охраны прав авторов. В XIX в. такие авторы, как Виктор Гюго, возглавили движение за эффективную охрану прав авторов не только внутри страны, но и за ее пределами. Авторское право в англоязычных странах развивали издатели сначала путем частных соглашений между собой, но затем, в начале XVIII в., уже путем принятия законов. В результате такого развития в континентальном авторском праве больший акцент делался на защите интересов автора, которыми охватывались интересы как имущественного, так неимущественного характера. В англо-американском праве усиливалась охрана экономических прав издателей. Однако, несмотря на такое различие в историческом развитии, в наши дни детальное регулирование вопросов авторского права в международных договорах привело к очень высокой степени унификации правовых норм в законодательстве разных стран мира. Более того, осталось очень мало противоречий между авторами и издателями. Сильная охрана авторских прав идет на пользу обеим сторонам. Не будь издателей, авторы не могли бы эффективно пользоваться плодами своего труда, издателям нечего было бы публиковать, не будь авторов. В последнее время авторы (через свои ассоциации) и издатели успешно объединили усилия в лоббировании вопросов усиления охраны авторских прав на созданные и на переведенные произведения, ставшие общим достоянием. В настоящее время разгорелся настоящий конфликт между интересами стран, которые являются экспортерами защищенной авторским правом продукции и странами, импортирующими эту продукцию. Страны-экспортеры, в частности Соединенные Штаты Америки, хотели бы видеть более высокие стандарты охраны авторских прав в странах-импортерах. Если искоренить в этих странах пиратское использование авторских произведений, то их граждане будут вынуждены покупать эти произведения у правообладателей в экспортирующих продукцию странах или приобретать лицензии. Страны-импортеры получают экономическую выгоду от слабой или даже отсутствующей охраны авторских прав. Средства, сэкономленные за счет приобретения недорогой пиратской продукции вместо дорогой авторской, могут быть использованы на производственные нужды.

Всемирная организация интеллектуальной собственности в своих изданиях и в сети Интернет¹⁴ пытается пропагандировать пользу от введения сильной охраны авторских прав в менее развитых странах, но эта пропаганда мало убедительна. ВОИС доказывает, что авторское право помогает сохранять культурную национальную самобытность в небольших и менее развитых странах, стимулируя труд творческих работников охраной их прав. Однако в большинстве своем эти люди работают на местный рынок и поэтому им мало пользы от охраны их прав в мировом масштабе. По сути дела авторское право может служить защите национальной самобытности в менее развитых странах, но отнюдь не в том плане, который прокламирует Всемирная организация интеллектуальной собственности. Если в стране с относительно невысоким уровнем дохода на душу населения обеспечивается сильная охрана авторских прав, иностранные правообладатели будут стремиться продать свой продукт по высокой цене только самым состоятельным членам общества. Большинство же населения будет, таким образом, изолировано от иностранных книг, журналов, музыкальных дисков, видео- и аудиокассет. Высокие цены на импорт будут защищать национальную развлекательную индустрию и литературу. С другой стороны, при том размахе пиратства, какой имеет место, например в Китае, стоимость продукции падает до уровня затрат на ее изготовление и в иностранную развлекательную индустрию вовлекаются все более широкие сегменты общества, что потенциально чревато подавлением национальной культуры развлечений и литературы. Таким образом, строгая правовая охрана авторских прав является способом создания высокоэффективной торговой преграды в защите национальной культуры в менее развитых странах. Более того, такая преграда никак не противоречит требованиям Всемирной торговой организации и положениям международных договоров по авторскому праву. И, тем не менее, многие страны из числа слаборазвитых, являющиеся импортерами информационной продукции, рассматривают охрану авторских прав как основную торговую уступку более развитым странам, экспортирующим такую продукцию. В ходе ведения переговоров о торговле и, в частности, в ходе переговоров по созданию ВТО они требовали и получили различные уступки в других областях международной торговли в обмен на обещание ввести твердую охрану авторских прав.

В XXI в. гигантские многонациональные компании в области средств массовой информации и программного обеспечения будут доминировать на мировом рынке, используя эффективность

¹⁴ См страницу в Интернете <http://www.wipo.org>

современных систем передачи информации. Эффективность современных систем уже создала в области искусства и литературы тип экономических отношений, которые получили название «все победителю» или «победитель получает все». Бестселлеры в области программного обеспечения, звукозаписи, кинофильмы и книги быстро переводятся на основные языки и распространяются по всему миру. Все возрастающее число образованных и состоятельных людей во всем мире знает английский язык и поэтому им доступна большая часть массовой культуры на языке оригинала. В результате получается, что значительная часть прибыли, гарантированная системой охраны авторских прав, направляется на усиление уже и без того могущественных международных компаний и, в частности, тех, что расположены в Соединенных Штатах.

У этой системы есть несколько положительных аспектов. Потребители повсеместно имеют постоянный доступ к лучшим мировым произведениям интеллектуального творчества. С другой стороны, в небольших, но богатых государствах творчество местных авторов сметается потоком иностранных материалов. Такая страна, как Дания, может иметь достойную охрану авторских прав. Но рынок для произведений на датском языке просто слишком мал, чтобы поддерживать значительное количество писателей, поэтов и кинорежиссеров. Такие страны ищут для авторов стимулы, но не в самой системе гарантий авторских прав, а в иных формах охраны, которые ей не противоречат и дают возможность ограждать национальную культуру от голливудского нашествия.

Российское авторское право, как и российское гражданское право в целом, принадлежит к семье европейского континентального права и оно всегда, даже в советский период, развивалось в целом в рамках традиций последнего. В частности, несмотря на то, что уровень охраны авторских прав в России был всегда ниже европейского, в российском авторском праве одно из центральных мест занимала категория субъективных авторских прав; в составе этих прав выделялись личные неимущественные права; авторские права считались неотчуждаемыми от личности создателя творческого произведения и т.д. С принятием Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г., образцом для которого послужил Типовой закон ВОИС об авторском праве и смежных правах, положение дел несколько изменилось. Поскольку Типовой закон ВОИС представляет собой своеобразный сплав двух основных сложившихся подходов к авторскому праву, в авторском законе России оказались отраженными как идеи, характерные для европейского авторского права, например личные неимущественные права авторов, так и некоторые положения, свойственные англо-американскому авторскому праву, например возможность свободного отчуждения имущественных авторских прав.

Оценивая современное состояние авторского законодательства России, можно отметить следующее. Прежде всего с его принятием российское авторское право впервые за всю его историю сблизилось с уровнем авторско-правовой охраны, которая обеспечивается в большинстве развитых стран мира. Первый серьезный шаг к этому был сделан Основами гражданского законодательства 1991 г., однако содержащиеся в них нормы были явно не достаточны для урегулирования возникающих на практике вопросов. Иными словами, если Основы гражданского законодательства определили принципиальный подход законодателя к регулированию авторско-правовых отношений, то Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» впервые подробно регламентировал все основные их аспекты с учетом гарантий, которые обеспечиваются Бернской конвенцией об охране литературных и художественных произведений. Что касается отношений, связанных со смежными правами, то их развернутое правовое регулирование вообще дано впервые в истории российского законодательства. При этом безусловным достоинством Закона является то, что подавляющая часть его норм рассчитана на прямое применение. Напротив, число бланкетных (отсылочных) норм, чрезмерным количеством которых характеризовались ранее действовавшие акты по авторскому праву, в Законе весьма невелико.

Далее, характерной чертой Закона является его рыночная направленность. Закон значительно расширяет возможности участников авторских и смежных с ними отношений по свободному распоряжению принадлежащими им правами. Имущественные права авторов стали своеобразным товаром, который может свободно отчуждаться и передаваться на основании гражданско-правовых сделок. Одновременно отменены многие из существовавших ранее в законе гарантий и ограничений, которые были призваны ограждать права создателей творческих произведений. Такой подход, конечно, является достаточно жестким, но он характерен для рыночных отношений, которые внедряются в рассматриваемую сферу.

Наконец, особенностью Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» является изменение некоторых ключевых моментов правового регулирования авторских отношений по сравнению с ранее действовавшим законодательством. Указанные изменения прямо не связаны ни с повышением уровня авторско-правовой охраны, ни с рыночной ориентацией нового Закона, а выражаются лишь в ином юридико-техническом подходе к регулированию некоторых аспектов авторских правоотношений. В качестве примера можно сослаться на отказ законодателя от

конструкции авторства юридических лиц на некоторые виды произведений, в частности энциклопедические издания, словари, журналы и т.п., введение понятия коллективного управления имущественными правами и т.д.

Наряду с указанным Законом, который имеет общее значение и распространяется на любые произведения науки, литературы и искусства, а также объекты смежных прав, к числу источников авторского права относятся Законы РФ от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных», от 27 декабря 1991 г. «О средствах массовой информации», от 17 ноября 1995 г. «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» и некоторые другие законы, а также принятые в их развитие подзаконные правовые акты.

Вместе с тем создание отвечающей современным требованиям нормативно-правовой базы для регулирования авторских отношений само по себе еще не означает, что авторские права пользуются реальной охраной. Последняя обеспечивается лишь тогда, когда имеются все необходимые предпосылки для реализации правовых норм в практической жизни. Немаловажное значение имеют также политическая воля и способность властей навести в стране элементарный порядок.

К сожалению, для современной ситуации в России характерен огромный разрыв между законодательством и реальным правоприменением. Именно в то время, когда Россия впервые обрела в целом добротное авторское законодательство, страну захлестнула волна пиратства. Это связано не столько с появлением множества частных издательств, студий звукозаписи, видеосалонов, радиостанций, телеканалов и т.д. (так как авторские права систематически нарушаются и государственными организациями, в частности, радиостанциями и телеканалами), сколько с общей обстановкой безответственности, коррупции и беззакония, которая царит в стране на протяжении последних лет. Поэтому надеяться на какие-то решительные сдвиги в деле охраны авторских прав можно лишь тогда, когда Россия выйдет из того глубокого кризиса, в котором она находится в настоящее время.

Б. Международные договоры об охране авторских прав

1. Бернская конвенция

Основным международным договором в области авторских прав является Бернская конвенция, принятая в 1886 г., и с того времени пять раз подвергавшаяся пересмотру¹⁵. Участницами этой Конвенции являются все промышленно развитые страны и большинство менее развитых стран мира. Конвенция устанавливает как общие принципы, так и специальные минимальные стандарты охраны авторских прав. В число общих принципов входят: 1) охрана авторского права без каких-либо формальностей; 2) национальный режим охраны; 3) национальная независимость охраны авторских прав. Что означает, что регистрация охраны авторского права в разных странах не зависит от охраны в стране его происхождения. Специальные принципы, объемы и сроки охраны будут рассмотрены ниже.

Российская Федерация стала участницей Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений с 13 марта 1995 г.

2. Всемирная конвенция об авторском праве

Одно время в ряде стран (таких, как США и СССР) системы охраны авторского права не включали в себя высоких стандартов, сформулированных в Бернской конвенции. Разработанная в 1952 г. Всемирная конвенция об авторском праве имела целью дать возможность этим странам вступить в многостороннюю систему охраны авторских прав. В 80-е и 90-е годы подавляющее большинство таких стран провело реформы своего законодательства об авторских правах с тем, чтобы привести его в соответствие с положениями Бернской конвенции и присоединиться к ней. В результате этого Всемирная конвенция об авторском праве в значительной степени утратила свое значение.

Советский Союз присоединился к Всемирной конвенции об авторском праве в 1973 г, однако последняя действовала для него лишь в своей первоначальной редакции 1952 г. После распада СССР Российская Федерация еще в декабре 1991 г. приняла на себя все обязательства бывшего Советского Союза, вытекающие из его участия во Всемирной конвенции, а спустя три года присоединилась к Парижской (1971 г.) редакции данной Конвенции и дополнительным Протоколам к ней № 1 и 2.

¹⁵ См страницу в Интернете <http://www.wipo.org>

В настоящее время уровень авторско-правовой охраны, который обеспечивается Бернской и Всемирной конвенциями действительно практически совпадает, что делает их параллельное существование во многом излишним. Вместе с тем не следует забывать о том, что некоторые страны по-прежнему связаны лишь первоначальной редакцией Всемирной конвенции и не участвуют в Бернской конвенции. Кроме того, между Всемирной и Бернской конвенциями сохраняется ряд важных различий. В частности, хотя присоединение России к Бернской конвенции и ратификация редакции 1971 г. Всемирной конвенции произошли практически одновременно, их правила распространяются на разный круг произведений российских авторов. Если Всемирная конвенция в редакции 1971 г. действует лишь в отношении произведений российских авторов, впервые выпущенных в свет после 9 марта 1995 г., то Бернская конвенция должна применяться и к тем российским произведениям, которые были созданы и начали использоваться ранее 13 марта 1995 г.

Данное различие вытекает из того, что в отличие от Всемирной конвенции Бернская конвенция действует с обратной силой. В соответствии с п. (I) ст. 18 Бернская конвенция применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу (для страны, присоединяющейся к Конвенции) не стали еще общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны. В практическом плане это означает, что если произведение российского автора еще продолжает охраняться в России, то хотя бы оно и было выпущено в свет до 13 марта 1995 г., с даты присоединения России к Бернской конвенции оно стало охраняться во всех странах Бернского союза. Соответственно на территории Российской Федерации с 13 марта 1995 г. должны охраняться произведения иностранных авторов, которые ранее правовой охраной не пользовались, при условии, однако, что они не перешли еще в разряд общественного достояния вследствие истечения срока охраны в стране происхождения.

3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности и охрана авторских прав

Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), прежде всего, предусматривает выполнение странами, которые в нем собираются участвовать, всех важнейших положений Бернской конвенции, за исключением положений о неимущественных правах. Кроме этого, Соглашение ТРИПС включает в себя ряд новых положений о международной охране авторского права. Отсутствие в Соглашении положений о неимущественных правах оправданно, поскольку оно в целом направлено на урегулирование исключительно *торговых аспектов* интеллектуальной собственности. В Соглашение ТРИПС вошел ряд основополагающих пунктов, дополняющих положения Бернской конвенции. В соответствии с ними охрана авторских прав распространяется на компьютерные программы, удлиняется срок действия охраны и ограничивается осуществление международной торговли компьютерными программами и другой интеллектуальной собственностью со странами, не имеющими возможности осуществлять охрану авторских прав. Соглашение формулирует требование принятия странами-участницами различных административных форм охраны авторских прав. Еще более важным является то, что Соглашение ТРИПС открывает возможность использовать высокоэффективные механизмы разрешения спорных вопросов, имеющиеся в ВТО, применительно и к авторским правам.

Основным источником противоречий по вопросам авторского права в международных отношениях являются жалобы со стороны экспортеров авторских материалов, в частности со стороны США, на те страны, которые являются крупными их импортерами. Это, в основном, жалобы на то, что последние не в состоянии обеспечить адекватную защиту от широко распространенного в них пиратства. Бернская конвенция не предусматривает эффективных механизмов ни для разрешения споров, ни для применения мер воздействия. Традиционная мера воздействия, состоявшая в том, что страны со слабой охраной авторских прав не могли рассчитывать на взаимность в отношении исходивших из них произведений, совсем не работала, поскольку экспорт, связанный с авторскими произведениями, редко бывал значительным. Соглашение ТРИПС предусматривает возможность применения мер воздействия путем репрессалий. Если бы, например, Германия совершила нарушение прав автора из Канады, то Канада, проведя спорный вопрос через процедуры ВТО по разрешению конфликтов, могла бы повысить пошлину на ввоз на ее территорию немецкого пива.

4. Договор ВОИС по авторским правам

Договор ВОИС по авторским правам¹⁶ содержит дополнительные положения, развивающие положения Соглашения ТРИПС, как по материальной, так и по процессуальной стороне проблемы. Данный Договор содержит требование о том, что, подписавшие его страны должны запретить следующее: 1) действия в обход технологических мер охраны прав субъектов авторского права и 2) манипуляции с «правом управления информацией» с тем, чтобы отслеживать копирование работ и их использование.

В. Охрана авторских прав на региональном уровне

В связи с тем, что для охраны авторских прав не требуется соблюдения формальностей (о чем мы будем говорить ниже), в мире не создано учреждений, аналогичных региональным патентным бюро и ведомствам по товарным знакам, как те, что действуют в ЕС. По вопросам осуществления политики в области авторских прав Европейским советом, например, издано несколько директив¹⁷. Эти директивы мы также будем рассматривать в связи с конкретными отраслями авторского права.

Охрана произведений российских авторов в странах ближнего зарубежья обеспечивается на основе Соглашения о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав от 24 сентября 1993 г. В соответствии с названным Соглашением государства-участники приняли на себя обязательство обеспечить на своих территориях выполнение международных обязательств, вытекающих из участия бывшего Союза ССР во Всемирной конвенции об авторском праве (в редакции 1952 г.), исходя из того, что дата вступления в силу указанной Конвенции для бывшего Союза ССР (27 мая 1973 г.) является датой, с которой каждое государство-участник считает себя связанным ее положениями. Иными словами, государства — участники настоящего Соглашения договорились о применении в отношениях между собой правил Всемирной конвенции в редакции 1952 г., а значит, согласились применять к произведениям авторов других государств национальный режим. Одновременно участники Соглашения заявили о своем намерении предпринять необходимые меры для разработки и принятия законопроектов, обеспечивающих охрану авторского права и смежных прав на уровне требований Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, Женевской конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм и Римской конвенции об охране прав артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций. Содержание новых авторских законов государств, входивших ранее в СССР, свидетельствует о том, что большинством стран — участниц Соглашения принятые обязательства уже выполнены.

Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, которое подписано 24 июня 1994 г. и вступило в силу с 1 декабря 1997 г., содержит обязательство Российской Федерации продолжать «совершенствование механизмов охраны прав интеллектуальной собственности с целью обеспечения к концу пятого года после вступления настоящего Соглашения в силу уровня защиты, аналогичного уровню, существующему в Сообществе, включая эффективные средства обеспечения соблюдения таких прав» (п. 1 Приложения № 10). Кроме того, с момента вступления в силу настоящего Соглашения Россия должна предоставлять компаниям и физическим лицам Сообщества в отношении признания и охраны прав интеллектуальной собственности режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставлен ею любой третьей стране по двусторонним соглашениям. Правда, последнее правило не применяется в отношении преимуществ, предоставленных Россией любой третьей стране на основе эффективной взаимности, а также преимуществ, предоставленных Россией другой стране — республике бывшего СССР.

Г. Условия правовой охраны произведений

1. Требование объективной формы выражения произведения

В некоторых странах в законодательстве по авторскому праву делается различие между «зафиксированными» (т.е. закрепленными в какой-либо объективной форме) и «незафиксированными» произведениями, в связи с чем «незафиксированным» произведениям предоставляется меньшая охрана или же она не предоставляется совсем. К незафиксированным произведениям относятся лекции и речи, в которых автор не читает заранее написанного текста. Сюда также относятся и некоторые музыкальные произведения, такие, как импровизации, которые

¹⁶ См. страницу в Интернете <http://www.wipo.org>

¹⁷ См. страницу в Интернете <http://www.europa.eu.int/>

никогда не были записаны нотами или в памяти электронных музыкальных приборов. Еще одной разновидностью является живой репортаж со спортивных соревнований. В ст. 1(2) Бернской конвенции говорится: «Однако за законодательством стран Союза сохраняется право предписать, что литературные и художественные произведения или какие-либо определенные их категории не подлежат охране, если они не закреплены в той или иной материальной форме».

В соответствии с п. 2 ст. 6 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» произведение автора становится объектом правовой охраны лишь при условии, что оно выражено в какой-либо объективной форме. До тех пор, пока мысли и образы автора не проявились вовне, а существуют лишь в виде творческого замысла, они не могут быть восприняты другими людьми и, следовательно, не существует и практической надобности в их правовой охране.

Чтобы творческий результат приобрел общественную значимость и характер объекта авторского права, он должен быть воплощен в какой-либо объективной форме — письменной (рукопись или нотная запись), устной (публичное произнесение речи, публичное исполнение музыки), звуко- и видеозаписи (механической, магнитной, цифровой, оптической и т.п.), изображения (рисунок, чертеж, фотокадр и др.). Иными словами, произведение должно существовать в форме, которая отделена от личности автора и приобрела самостоятельное значение.

Объективная форма выражения произведения тесным образом связана с возможностью его воспроизведения. Относительно характера данной связи в российской юридической литературе существуют две позиции. По мнению одних ученых, объективная форма и воспроизводимость произведения составляют единый признак охраноспособного произведения. Иными словами, само наличие у произведения объективной формы свидетельствует о возможности его воспроизведения. Так, музыку можно воспроизвести с того момента, как она прозвучала, хотя бы автор не прибегнул к записи. Точно так же можно воспроизвести новую научную мысль, если она выражена устно.

Другие ученые полагают, что воспроизводимость является самостоятельным признаком произведения или, что то же самое, закон охраняет только такие произведения, объективная форма которых обеспечивает возможность их воспроизведения без участия самого автора. Они признают, что произнесенные речи и доклады, исполненные музыкальные произведения и прочитанные устно стихотворения, даже если они нигде и никак не зафиксированы, существовали в объективной форме, иначе они не могли бы восприниматься другими людьми. Но такая форма, не связанная с каким-либо материальным носителем, является крайне неустойчивой, легко может быть утрачена и искажена. Никакой слушатель или зритель, кроме, может быть, случаев особой гениальности, не в состоянии запомнить и воспроизвести во всех деталях публично исполненное произведение.

Закон об авторском праве, разрешая этот многолетний спор, ограничивается указанием на необходимость придания произведению объективной формы и не упоминает при этом о том, что данная форма должна позволять воспроизводить результат творческой деятельности автора. Иными словами, законодатель однозначно признал, что авторским правом охраняются любые выраженные вовне произведения, в том числе и те, объективная форма которых не связана с материальным носителем. Конечно, защита подобных произведений, например, публично произнесенных, но нигде не зафиксированных речей, лекций, докладов, особенно защита их от искажения, представляется более сложной, чем защита произведений, связанных с каким-либо материальным носителем. Но в принципе она может быть обеспечена, в связи с чем исключение из закона специального упоминания о возможности воспроизведения результата творческой деятельности как особого признака охраняемого произведения представляется оправданным.

2. Признак творчества

В Бернской конвенции не сформулированы конкретные требования к творческому характеру деятельности, непременно находящему выражение в определенных результатах, хотя в ст. 1 Конвенции объявлена цель «охраны прав авторов на их литературные и художественные произведения», и оба слова «автор» и «произведение» подразумевают наличие результата творчества. Далее в ст. 2(5) Конвенции указывается, какие еще специфические результаты могут быть у творчества:

«Сборники литературных и художественных произведений, например энциклопедии и антологии, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые, без ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющего часть таких сборников».

Критерий результата творчества также четко выражен в ст. 5 Договора ВОИС по авторским правам:

«Сборники данных или другие материалы в любой форме, которые по подбору и расположению представляют собой результат интеллектуального труда, охраняются как таковые».

Эта охрана распространяется не на сами данные и материалы и осуществляется без ущерба защищающим их авторским правам».

Если некто, используя копировальную машину, сделает копию написанного кем-то стихотворения, то он вряд ли может считаться автором произведения. С другой стороны, охрану своих произведений могут получить как поэт — лауреат Нобелевской премии, так и бесталанный поэт-любитель, ибо не существует конкретного стандарта качества авторского произведения. От страны к стране существуют значительные различия в том, что касается степени творчества, необходимого для получения охраны авторским правом. Единодушно разделяется мнение относительно того, что стандарт здесь значительно ниже тех требований, которые предъявляются к изобретательскому уровню и оригинальности изобретения. Следование критерию результата творчества не всегда автоматически ведет к получению охраны, поскольку человеком может быть выполнена такая работа, которая по своему характеру требует приложения просто значительных, но не творческих усилий. Примером может послужить создание такой базы данных, как городская адресная книга. Вопросы правовой охраны такого рода результатов нетворческой деятельности будут рассмотрены ниже.

В российском авторском праве признак творчества не раскрывается, в связи с чем в литературе дается немало его определений. Чаще всего *творчество* определяется как *деятельность человека, порождающая нечто качественно новое и отличающееся неповторимостью, оригинальностью и уникальностью*.

Показателем творческого характера произведения, по мнению большинства ученых, является его новизна. Новизна в данном случае рассматривается как синоним *оригинальности произведения*. Она может выражаться в новом содержании, новой форме произведения, новой идее, новой научной концепции и т.п.

3. Объекты авторского права

В ст. 9(2) Соглашения ТРИПС так определена природа того, что может быть объектом авторского права:

«Охрана авторским правом распространяется на объективно выраженные результаты интеллектуальной деятельности, но не распространяется на идеи, процессы, способы, концепции или математические формулы в чистом виде».

Статья 2 Договора ВОИС по авторским правам сформулирована почти идентичным образом. Знаменитая формула Эйнштейна из его теории относительности « $e=mc^2$ » не может быть защищена авторским правом. Однако его объяснения теории относительности, опубликованные в статьях в специальных журналах, становятся объектом правовой охраны. Таким образом, один документ может содержать в себе не охраняемые идеи и охраняемую форму их объективного выражения.

В примере со статьей Эйнштейна сравнительно просто отделить результат творчества от идей, поскольку идеи выражены как ряд математических формул. Отделить идею от формы ее выражения значительно труднее в отношении литературных произведений. Возьмем для примера «Ромео и Джульетту» Шекспира. Будем исходить из того, что срок действия авторского права на это произведение еще не истек (и отвлечемся от такого момента, что в этом произведении Шекспира много заимствований из работ более ранних авторов). Основная идея произведения о том, что юноша и девушка встречают противодействие своей любви со стороны их семей, очевидно, не может быть объектом авторского права. Но вот особые детали содержания, такие, как знаменитая сцена с Джульеттой на балконе, несомненно, должны охраняться. Однако суды в разных странах, проводя линию разделения между идеей и воплощением, в том же примере с Ромео и Джульеттой будут рассуждать далеко не одинаково в решении вопроса о том, с чем они имеют дело в данном случае — с заимствованием идеи или физическим переписыванием текста. Сама по себе линия разделения между идеей и формой ее воплощения не имеет большого значения, поскольку с неизбежностью придется признать, что имело место заимствование сюжета (т.е. выражения идеи). Но вот решение вопроса о том, имел ли место просто парафраз сюжета или же автором были заимствованы, но самостоятельно развиты некоторые основные сюжетные линии, становится чрезвычайно важным.

Законодательство об авторских правах во многих странах не распространяет охрану на простые факты. Теория авторского права четко гласит, что простое объявление о фактах не несет в себе такого главного элемента, как наличие творческого результата, необходимого для охраны авторским правом. В соответствии с Бернской конвенцией «охрана, предоставляемая с настоящей Конвенцией, не распространяется на сообщения о новостях дня или на сообщения о различных событиях, имеющие характер простой пресс-информации».

Объектом авторского права является не только произведение в Целом, но и часть

произведения, которая является результатом творческой деятельности и может быть использована самостоятельно. В этой связи большое значение для понимания сущности правовой охраны произведений имеет принятое в литературе выделение у произведения «юридически безразличных» и «юридически значимых» элементов.

К «юридически безразличным», т.е. неохранным элементам произведения принято относить его тему, фактический материал, положенный в основу произведения, а также сюжетное ядро и идейное содержание произведения.

В теории литературы и искусства эти элементы называют *содержанием произведения*. Их заимствование не налагает на пользователей никаких обязанностей, т.е. не является нарушением авторского права. В самом деле, совершенно очевидно, что на одну и ту же тему, на одном и том же материале может быть создано сколько угодно произведений, причем авторам никто не запрещает давать сходную интерпретацию излагаемым событиям, героям, их поступкам и т.п.

В принципе, аналогично решается вопрос и с охраной сюжетного ядра произведения. История литературы и искусства знает немало творений, в которых используются сходные сюжетные ходы и один и тот же исходный материал. Например, история Дон Жуана, художественный образ которого создан испанским драматургом Тирсо де Молина еще в 1630 г., получила художественное воплощение в произведениях Ж.-Б. Мольера, Э. Гофмана, А. Мюссе, В.А. Моцарта, Дж. Байрона, А.С. Пушкина, А.К. Толстого и других авторов.

Данное положение теории авторского права опирается на принятые в литературе и искусстве морально-этические нормы и правила. Широко известны случаи, когда сюжет произведения передавался одним литератором другому и вопрос о соавторстве при этом не возникал. Так, А.С. Пушкин подсказал Н.В. Гоголю сюжеты «Ревизора» и «Мертвых душ».

К содержанию произведения, которое как таковое не защищается нормами авторского права, относится и такой элемент произведения, как его название. Однако если название является оригинальным, оно пользуется правовой охраной.

К «юридически значимым» (охраняемым) элементам произведения относятся образы и язык произведения. Под *художественным образом* понимается специфическая для искусства форма отражения действительности и выражения мыслей и чувств художника. Художественный образ рождается в воображении художника, воплощается в создаваемом им произведении в той или иной материальной форме (пластической, звуковой, словесной) и воссоздается воображением воспринимающего искусство зрителя, слушателя, читателя.

В науке авторского права созданные художником образы именуется *внутренней формой* произведения. Она пользуется правовой охраной, так как является результатом творческой деятельности и отражает индивидуальность своего творца. Считается, что, в принципе, образы произведения могут быть заимствованы для создания нового, творчески самостоятельного произведения при условии придания им новой внешней формы. В этом случае, однако, закон требует обязательного согласия автора первоначального произведения и указание источника заимствования.

Внешней формой произведения является язык произведения, под которым понимаются свойственные автору средства и приемы создания художественных образов. Иными словами, язык произведения — это совокупность использованных автором изобразительно-выразительных средств. Язык произведения заимствован быть не может; в таком случае используется цитирование с указанием источника.

К числу объектов, не охраняемых авторским правом, относятся прежде всего те из них, которые не обладают хотя бы одним из признаков произведения науки, литературы и искусства. Так, если лицом в ходе проделанной работы достигнут не творческий, а чисто технический результат, он авторским правом не охраняется. К такого рода результатам относятся, в частности, телефонные справочники, расписания движения, адресные книги и т.п. при условии, что составителем не применена оригинальная схема изложения справочных данных.

В соответствии со своей доктриной авторское право охраняет лишь форму, а не содержание произведения. Ныне данное положение нашло прямое закрепление в п. 4 ст. 6 Закона об авторском праве, где говорится о том, что авторское право не распространяется на идеи, методы, процессы, системы, способы, концепции, открытия, факты. Некоторые из перечисленных результатов интеллектуальной деятельности охраняются иными институтами права, в частности патентным правом; вопросы охраны других достижений обсуждаются в научных кругах. Но сами по себе идеи, принципы, факты и подобные им результаты интеллектуальной деятельности авторское право не охраняет.

Наряду с подобными объектами существуют произведения, обладающие всеми необходимыми для охраны признаками, но не охраняемые авторским правом в силу прямого указания закона. К их числу относятся следующие четыре категории произведений.

Во-первых, не пользуются правовой охраной произведения, срок охраны которых истек. Вопрос о сроке действия авторского права будет рассмотрен ниже. Здесь же отметим, что истечение срока охраны никак не влияет на охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения.

Во-вторых, из сферы правовой охраны исключены официальные документы, их официальные переводы, а также государственные символы и знаки. Об их правовом режиме будет сказано ниже.

В-третьих, в силу прямого указания закона не охраняются авторским правом произведения народного творчества. К ним относятся произведения фольклора — частушки, поговорки, анекдоты, танцы и т.п., произведения народных художественных промыслов, народные костюмы, традиционная архитектура и т.д. Причиной исключения произведений народного творчества из сферы охраны является то, что авторство на них не может быть установлено, так как их автором является народ.

В-четвертых, не признаются объектами авторского права сообщения о событиях и фактах, имеющие информационный характер. В самом деле, беспристрастная информация о том или ином факте является лишь точным его отражением и не включает элементов творчества. Таковы, в частности, краткие сообщения телеграфных информационных агентств, официальная хроника, сообщение о криминальных происшествиях и т.п. Поскольку на первый план здесь выдвигаются точность и оперативность информации, она подается, как правило, в очень сжатом виде, не оставляющем места для проявления авторской индивидуальности.

Единственное, на что вправе претендовать автор сообщения или впервые опубликовавший его орган массовой информации, — это требовать указания другими органами печати, сообщающими данную информацию, на источник ее первоначального обнародования (ст. 23 Закона РСФСР «О средствах массовой информации»).

В тех же случаях, когда сообщение о том или ином событии сопровождается авторским комментарием, оценкой значимости происшедшего, прогнозом дальнейшего развития событий, анализом или иной интерпретацией, оно приобретает режим объекта авторского права.

а. Литературные и художественные произведения

В XIX в. авторы Бернской конвенции и разработчики законодательства по авторскому праву разных стран рассматривали охрану литературных и художественных произведений как первоочередную задачу этого института права. В первой же статье Конвенции говорится: «Страны, к которым применяется настоящая Конвенция, образуют Союз для охраны прав авторов на их литературные и художественные произведения». По мере появления новых форм интеллектуального творчества, например, кинофильмов, последовательно проводился и пересмотр Бернской конвенции, что постепенно привело к расширению дефиниции «литературные и художественные произведения» в ст. 2(1). В настоящее время дефиниция сформулирована следующим образом:

«Термин «литературные и художественные произведения» охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены, как-то: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без' текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, географические карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам».

Национальное законодательство по авторским правам должно охранять «все произведения в области литературы, науки или искусства». При этом перечень произведений, открывающийся словами «как-то», является примерным, а не исчерпывающим. Программное обеспечение для ЭВМ представляет собой наиважнейший результат творческой работы, не упомянутый в перечне. Этот пробел был восполнен ст. 10(1) Соглашения ТРИПС:

«Компьютерные программы, будь они в форме программы или алгоритма, охраняются так же, как и литературные произведения по Бернской конвенции...»

В ст. 4 Договора ВОИС по авторским правам также включены положения об охране компьютерных программ:

«Компьютерные программы охраняются как литературные произведения, в полном соответствии со смыслом статьи 2 Бернской конвенции. Этой охраной охватываются все виды

компьютерных программ, в какой бы форме они ни выражались».

Положение об охране компьютерных программ в режиме литературных произведений порождает ряд сложных вопросов. Программное обеспечение служит чисто практическим целям. Часто с помощью программы заменяются элементы технического оборудования, которые в «допрограммный» период решали конкретные задачи. Программы-редакторы могут заменить пишущие машинки; электронное зажигание в компьютере автомобиля заменяет традиционные системы; компьютеризированные системы контроля температур вытесняют механические термостаты. Если бы не существовало патентов на пишущие машинки, системы впрыска или термостаты, они бы не были защищены от свободного копирования. Теперь появилась охрана компьютерных программ, которые выполняют аналогичные функции. Это с полной очевидностью означает расширение объема понятия интеллектуальной собственности. Возникает вопрос, насколько велико это расширение? В частности, в судебной практике разных стран возникли большие трудности, связанные с применением положений авторского права к охране компьютерных программ, по аналогии с положением Договора ВОИС по авторским правам о том, что «охрана авторским правом распространяется на объективно выраженные результаты интеллектуальной деятельности, но не распространяется на идеи, процессы, способы, концепции или математические формулы в чистом виде». Применение этого положения трудностей не представляет. Пиратское использование компьютерных программ в форме снятия копий с дисков или иных носителей — это явное противоправное заимствование объективно выраженного результата чужой творческой деятельности. Заимствование основного принципа действия термостата, выражающегося в требуемом повышении или понижении температуры (например, когда нужно обогреть помещение, когда все дома, снизить температуру, когда все на работе или ночью, когда все спят, тепло укрывшись), вполне правомерно, поскольку заимствуется сама идея или способ. Но вот действительно трудный вопрос возникает, когда заимствование идет на более высоком уровне копирования деталей, а не идеи, и не в форме простого переписывания чужого текста.

Статья 7 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» относит к объектам авторского права широкий круг произведений творчества. По сравнению с ранее действовавшим законодательством (ст. 475 ГК РСФСР 1964 г.) круг охраняемых произведений, во-первых, значительно расширен за счет включения в состав объектов авторского права новых видов произведений, в частности произведений садово-паркового искусства, дизайна, картографических произведений, программ для ЭВМ и др. Во-вторых, он стал более упорядоченным, поскольку построен с учетом различий, существующих между способами выражения различных результатов творчества. Конечно, и сейчас некоторые виды произведений, выделенные особо, целиком поглощаются другими видами произведений. Так, например, переводы и сборники подпадают под понятие литературных произведений. Однако *основное назначение* закрепленного в законе перечня охраняемых произведений состоит не в том, чтобы дать их идеальную классификацию, а в том, чтобы *отразить в относительно упорядоченном виде их наиболее распространенные виды*. Иными словами, значение закрепленного законом перечня объектов авторского права заключается в том, чтобы показать, в каких наиболее распространенных формах могут выражаться творческие произведения, назвать их возможные виды и тем самым исключить споры относительно охраноспособности большинства из них.

Например, в российской юридической литературе многократно указывалось на то, что программы для ЭВМ и базы данных отвечают всем признакам объектов авторского права и должны были пользоваться охраной еще по ранее действовавшему законодательству. Однако поскольку закон прямо не относил их к авторским произведениям, это служило одной из главных формальных причин непредоставления им авторско-правовой охраны.

Следует подчеркнуть, что закрепленный законом *перечень* охраняемых произведений носит *примерный, ориентировочный* характер. Если тот или иной творческий результат не подпадает ни под один из перечисленных в законе видов произведений, но отвечает всем требуемым по закону условиям, он признается произведением и пользуется такой же охраной, как и прямо названные в законе объекты авторского права.

б. Переводы, адаптации и обработки

Самостоятельная работа, построенная на других произведениях, может быть творческой деятельностью с выраженным результатом, что является необходимым условием для охраны авторским правом. В ст. 2(3) Бернской конвенции говорится:

«Переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями, без ущерба правам авторов оригинального произведения».

Вопрос в том, какова должна быть степень переделки оригинального произведения, чтобы стать самостоятельным объектом правовой охраны. Ясно, что перевод романа с французского на английский язык охраняется авторским правом. В равной степени охрана авторским правом распространяется на переделку романа в сценарий кинофильма. Но предположим, что некий издатель берет роман девятнадцатого века, меняет его орфографию на современную и набирает текст новым шрифтом. Другой издатель просто копирует модернизированный вариант романа. Вопрос: имеет ли первый издатель право требовать авторской правовой охраны? По законодательству многих стран ответ будет отрицательным, поскольку для получения результата не было затрачено творческих усилий.

Авторское право охраняет не только те произведения, все элементы которых оригинальны, но и такие произведения, при создании которых были заимствованы элементы чужих произведений. Данные произведения считаются производными (зависимыми) и включают в себя переработки, переводы, аранжировки, аннотации, рефераты, обзоры и т.п.

Основным критерием для предоставления правовой охраны производным произведениям является требование творческой самостоятельности по сравнению с оригиналом. Как правило, это выражается в придании произведению новой формы, отражающей оригинал. Так, при переводе литературного произведения на другой язык происходит творческое воссоздание переводимого произведения в новой языковой форме. Уровень перевода определяется в первую очередь умением переводчика максимально точно передать специфику образного стиля автора оригинального произведения. Однако совершенно очевидно, что в любом творчески выполненном переводе неизбежно отражается и индивидуальность личности самого переводчика. Так, переводы Б.Л. Пастернака едва ли можно перепутать с переводами С.Я. Маршака. Если, однако, труд переводчика не является творческим и сводится лишь к дословному переводу без надлежащей научной и литературной обработки, такой перевод объектом авторского права не признается. Речь идет о так называемых подстрочных переводах, правовой режим которых давно вызывает споры в цивилистической литературе. По мнению некоторых ученых, закон не делает разницы между литературными и подстрочными переводами, признавая объектами авторского права и те, и другие. Однако подобная точка зрения была отвергнута большинством ученых и не получила поддержки в судебной практике. Противники признания подстрочного перевода объектом авторского права справедливо указывают на то, что простая подставка эквивалентных слов под текст оригинала требует не творчества, а лишь знания соответствующих языков. Следовательно, такой перевод близок не к творческой, а к механической работе. Точно такую же задачу выполняет так называемый машинный перевод, который делают современные электронные лингвистические системы. Кроме того, подстрочный перевод, как правило, служит лишь промежуточной формой создания литературного перевода и поэтому как бы «растворяется» в последнем. Таким образом, объектом авторского права является лишь творчески обработанный литературный перевод.

Другим неперемным условием возникновения авторских прав на такое произведение является соблюдение его создателем прав автора произведения, подвергнувшегося переводу, переделке, аранжировке или другой переработке. Как правило, закон требует, чтобы с автором оригинального произведения был заключен договор на использование его труда для создания на его основе другого творческого произведения, либо, по крайней мере, ему гарантируются соблюдение неимущественных прав и выплата справедливого вознаграждения.

в. Официальные тексты юридического характера

Статья 2(4) Бернской конвенции предусматривает, что «за законодательством стран Союза сохраняется право определять охрану, которая будет предоставляться официальным текстам законодательного, административного и судебного характера и официальным переводам таких текстов». По законодательству многих стран официальные тексты I юридического характера исключаются из сферы правовой охраны и входят в сферу публичного использования. Мотив здесь ясен, — дать гражданам неограниченный доступ к праву. В некоторых странах режим охраны не распространяется только на собственно официальные тексты юридического характера. В ряде стран законодательные тексты сделали доступными в Интернете. В связи со сказанным возникает два типа вопроса.

Первый касается прав авторов официальных текстов — государственных служащих. Служащие исполнительных и законодательных органов власти готовят проекты законов, которые позже принимаются официально. Судьи выносят свои решения в письменном виде. Поскольку законодатели, судьи и другие служащие пишут тексты юридического характера в ходе исполнения служебных обязанностей, понятно, что имущественные права на данные формы произведений должны принадлежать не им, а государству. Было бы также неуместно в полном объеме применять

теорию неимущественных прав к авторам подобных текстов. В демократическом обществе законодательные органы должны быть свободны в том, чтобы вносить изменения или отменять законы, даже если это задевает чувства тех, кто создавал оригинальный текст. Равным образом в интересах достижения справедливости могут пересматриваться и судебные решения. Сложнее обстоит дело с проектами законодательных текстов, разрабатываемых негосударственными органами. В некоторых странах, например в США, имеются влиятельные частные организации, занимающиеся написанием проектов законов, и частично они существуют на доходы от авторских прав на эти проекты. Они не требуют компенсации от государства, когда их проект превращается в официальный закон. Но они в полной мере используют свое исключительное право на продажу проекта закона. Было бы совершенно неприемлемо разрешить таким организациям запрещать применение законов на основе их проектов. Можно лишь ставить вопрос о введении принудительного лицензирования, при котором авторам проектов закона выплачиваются отчисления от продажи официальных текстов, кто бы их ни продавал — государственный или частный сектор. Кроме того, возможен и такой вариант, когда авторы проекта дают согласие на его дальнейшее использование без получения компенсации.

Российское законодательство исключает официальные документы, их переводы, а также государственные символы и знаки из сферы авторского права. К числу официальных документов относятся законы и другие акты нормативного характера: инструкции, стандарты, уставы юридических лиц, правила и т.д.; судебные решения и другие акты правоприменительных органов, а также иные официальные документы, исходящие от организаций и должностных лиц. Государственными символами и знаками считаются флаги, гербы, гимны, ордена, денежные знаки и т.п. Большинство из названных документов, символов и знаков являются творческими произведениями, авторы которых известны. В этом смысле они ничем не отличаются от обычных произведений, охраняемых авторским правом. Однако как только данное произведение в результате его принятия (утверждения, одобрения) получает режим официального документа, символа или знака, оно изменяет свой правовой режим. Это и понятно, так как указанные объекты могут эффективно выполнять свою роль лишь в том случае, если они используются широко и без каких-либо ограничений.

2. Сборники сочинений и антологии

Статья 2(5) Бернской конвенции гласит:

«Сборники литературных и художественных произведений, например энциклопедии и антологии, представляющие собой по подбору и расположению материалов результат интеллектуального творчества, охраняются как таковые, без ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющего часть таких сборников».

Типичным примером такого сборника может служить книга «Лучшие английские поэмы девятнадцатого века». Издатель проявил творческий подход к отбору и расположению стихотворений. Вместе с тем другая изданная книга — сборник стихотворений Лонгфелло, расположенных в хронологическом порядке по датам их опубликования, не отличается творческим характером и охране авторским правом не подлежит. Недавно Верховный Суд США в решении по одному делу отказал в правовой охране обычному телефонному справочнику, ибо такая книга — это не сборник литературных произведений, а просто собрание фактов. Суд посчитал, что не может быть признан творческим результатом отбор жителей конкретного города и размещение их фамилий в алфавитном порядке. Данный случай, как и другие подобные примеры из практики других стран, дали толчок к появлению еще одной формы интеллектуальной собственности — баз данных, на которые распространяется режим охраны, поскольку на создание базы данных затрачиваются и значительные средства, и время, притом, что усилия по их созданию не носят творческого характера.

Особым объектом авторского права признаются по российскому законодательству сборники и другие составные произведения, которые создаются путем творческого соединения в единое целое произведений, автором которых составитель не является. Суть творческой деятельности составителя заключается в том, что он самостоятельно отбирает необходимый материал, располагает его по оригинальной системе и зачастую подвергает его обработке, например, адаптирует древний текст к современным требованиям, снабжает его комментарием, отсылками, предметным и именованными указателями и т.п. Результатом творческой работы автора-составителя является сама разработанная им система расположения материала. Разумеется, простая техническая работа, например подготовка сборника нормативных актов, расположенных в хронологическом порядке, творческой деятельностью не признается и авторско-правовой охраной не пользуется.

Говоря об авторских правах составителей сборников, закон различает сборники

произведений, являющихся и не являющихся объектами чье-либо авторского права. Если в сборник включаются материалы и произведения, не охраняемые авторским правом, например, нормативные акты, произведения, срок охраны которых истек и т.д., единственным условием возникновения авторского права составителя сборника является самостоятельная систематизация включенного в сборник материала либо его самостоятельная обработка. Если же включаемые в сборник произведения охраняются авторским правом, дополнительным условием возникновения прав составителя на сборник является соблюдение им прав авторов включенных в сборник произведений.

Вполне понятно, что авторское право составителя распространяется именно на сборник как таковой, но никак не на произведения, включенные в него. Поскольку произведением является лишь сама система расположения материала или его обработка, это не препятствует другим лицам подвергнуть тот же материал иной систематизации и обработке и тем самым создать новое произведение.

К числу сборников закон относит энциклопедии, словари, антологии и т.п. Авторы произведений, включенных в составное произведение, вправе использовать свои произведения независимо от составного произведения, если иное не предусмотрено авторским договором. Исключительное же право на использование таких составных произведений, как энциклопедии, энциклопедические словари, периодические и продолжающиеся сборники научных трудов, газет, журналов и других периодических изданий, принадлежит их издателям. Издатель, в частности, вправе при любом использовании таких изданий указывать свое наименование либо требовать такого указания.

Сказанное, разумеется, не означает, что закон закрепляет за издателями, выпускающими в свет периодические или продолжающиеся издания, исключительные права на подобные издания как таковые. Любое заинтересованное лицо вправе в установленном законом порядке начать выпуск периодического издания, которое совпадает с уже имеющимися по тематике и целям, рассчитано на ту же аудиторию, имеет сходную систему подачи материала, если последняя не является оригинальной, и т.д. При этом не должны лишь заимствоваться те элементы уже существующих периодических или продолжающихся изданий, которые являются результатами творческой деятельности, а также нарушаться права на иные объекты интеллектуальной собственности, например на название периодического издания, если последнее зарегистрировано в качестве товарного знака.

д. Речи юристов и политиков

Статьей 2 bis(1) Бернской конвенции вводятся ограничения охраны речей политиков и юристов:

«За законодательством стран Союза сохраняется право полностью или частично изъять из охраны, предусмотренной предыдущей статьей, политические речи и речи, произнесенные в ходе судебных процессов».

Как и в случае с режимом охраны проектов законов и судебных решений, в отношении речей политиков и юристов существует большой общественный интерес, который в ряде стран перевешивает принцип охраны авторского права. Часть третья цитируемой статьи частично ограничивает силу общественного интереса:

«(3). Однако автор пользуется исключительным правом подготавливать сборники своих произведений, упомянутых в предыдущих пунктах».

Российское авторское право исключает из сферы правовой охраны лишь публично произнесенные политические речи, обращения, доклады и другие аналогичные произведения, допуская их свободное воспроизведение в газетах, а также передачу в эфир или сообщение для всеобщего сведения по кабелю (п. 4 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Публичный характер указанных произведений как раз и служит оправданием их свободного распространения, для которого они, собственно говоря, и предназначены. Однако по смыслу Закона свободно воспроизводиться могут лишь речи и доклады, посвященные актуальным событиям и произнесенные сравнительно недавно. Речи и доклады известных политических и общественных деятелей прошлого, например, записанные на пленку, могут использоваться только в общем, установленном Законом порядке. В Законе специально оговаривается, что за автором сохраняется право на опубликование таких произведений в сборниках.

е. Произведения прикладного искусства, промышленные рисунки и образцы

Объем охраны авторским правом произведений декоративно-прикладного искусства,

промышленных рисунков и образцов варьируется от страны к стране. Статья 2(7) Бернской конвенции открывает возможность странам самим «определять степень применения своего законодательства к произведениям прикладного искусства, промышленным рисункам и образцам, а также условия охраны таких произведений, рисунков и образцов». В некоторых странах промышленные рисунки имеют режим охраны, более близкий к авторскому праву, нежели к патентной форме охраны, но, тем не менее, отличающийся от охраны авторским правом. Эту разновидность правовой охраны мы будем рассматривать ниже, в разделе «Виды интеллектуальной собственности, близкой к авторским правам». В некоторых странах охрана произведений дизайнера и художественного исполнения работ имеет тот же режим, что и охрана художественных произведений авторским правом.

Произведения декоративно-прикладного искусства (далее — ДПИ) являются разновидностью произведений изобразительного искусства, хотя в законе они ввиду своей значимости и присущих им особенностей выделены в особую группу. Характерными признаками произведений ДПИ являются утилитарность и художественность их исполнения. Иными словами, предметы ДПИ решают одновременно практические и художественные задачи. Они могут быть уникальными, фактически неповторимыми, но большинство из них тиражируется в массовом количестве для удовлетворения культурных и бытовых потребностей граждан.

По своим внешним признакам большинство произведений ДПИ подпадает под дизайнерские решения внешнего вида промышленных изделий, которые потенциально могут быть признаны промышленными образцами. Вопрос, на первый взгляд, еще более запутывает п. 1 ст. 7 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», в котором произведения дизайнера рассматриваются в качестве самостоятельного вида авторских произведений.

Некоторым специалистам такое положение дел представляется ненормальным, так как, по их мнению, между произведениями ДПИ и промышленными образцами имеются существенные отличия. Однако предпринятые в литературе попытки обнаружить эти различия успеха не имели. Единственное, что отличает рассматриваемые объекты друг от друга — это то, что режим промышленного образца решение внешнего вида изделия приобретает в официальном порядке по результатам патентной экспертизы на соответствие заявленного объекта установленным в законе требованиям. До того, как объект будет признан промышленным образцом, он охраняется в качестве объекта авторского права. В таком положении, на наш взгляд, нет ничего ненормального, ибо авторское право охраняет любые творческие результаты, воплощенные в объективную форму.

Что же касается специального упоминания произведений дизайнера среди охраняемых авторским правом объектов, то это можно только приветствовать. Отсутствие такого указания в прежнем законодательстве порождало споры, поскольку некоторые пользователи отказывались считать произведения дизайнера объектами авторского права.

Д. Возникновение авторских прав

1. Запреты на формальности в Бернской конвенции

В ст. 5(2) Бернской конвенции в отношении авторских прав сформулировано положение о том, что «пользование этими правами и их осуществление не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей». Почти все страны мира присоединились к Бернской конвенции. Соблюдение положения Конвенции об отсутствии каких бы то ни было формальностей включено в Соглашение ТРИПС в качестве условия вступления страны во Всемирную торговую организацию. Таким образом, в отличие от института патентной охраны, где мировой уровень охраны требует осуществления дорогостоящих административных процедур в разных странах, мировая охрана авторских прав возникает автоматически, когда создается произведение, заслуживающее такого режима правовой охраны.

2. Знак охраны авторского права

Многие публикации, защищенные авторским правом, имеют специальный знак охраны — ©, например «© 1999 John Doe». Этот знак является международным символом объявления охраны авторским правом, «1999» означает дату первого опубликования произведения, а «John Doe» — это имя обладателя исключительных имущественных прав. Возникает вопрос: если не требуется никаких формальностей для получения правовой охраны, почему так распространена практика размещения знака охраны авторского права, обычно помещаемого на лицевой или обратной стороне титульного листа публикации?

Эта практика уходит корнями в те времена, когда по законодательству США наличие такого знака было условием охраны авторским правом для публикуемых произведений. Всемирная конвенция об авторских правах ввела более мягкое положение о том, страны—участницы

Конвенции могут у себя использовать простое уведомление о защищенности авторским правом. В настоящее время, когда уже почти все страны вступили в Бернскую конвенцию, запрещающую использование любых формальностей (включая и знак охраны), издатели продолжают этот знак использовать. Почему? Отчасти это дело привычки. Отчасти в рекламных целях, поскольку, например, покупатель путеводителя, глядя на дату первой публикации в знаке, не купит книгу, изданную ранее, чем год назад. Но еще более важно убедить публику в том, что издатель серьезно относится к авторским правам. В некоторых странах средства борьбы с нарушениями авторских прав несколько мягче в отношении невиновных нарушителей, поэтому наличие знака охраны авторским правом делает невозможным для нарушителя доказывать свою невиновность.

3. Необязательность регистрации авторского права

В связи с тем, что согласно Бернской конвенции обязательная регистрация авторского права как условие его охраны запрещается, в значительном числе стран не существует ни специальных государственных учреждений, занимающихся авторскими правами, ни механизмов их регистрации. Соединенные Штаты Америки являют собой пример приятного исключения. В полном соответствии с Бернской конвенцией здесь от иностранных обладателей авторских прав не требуют их регистрации. Но по законодательству США карательные меры за нарушение зарегистрированных авторских прав отличаются значительно большей тяжестью. Американский законодатель исходит из того, что факт регистрации права создает презумпцию его юридической силы. Сама по себе регистрация — процедура простая и не дорогая¹⁸. Иностранные авторы часто регистрируют свои права в США для того, чтобы получить дополнительную и весьма ценную защиту. В некоторых странах появилась возможность регистрации авторского права на программы для компьютеров

Для возникновения, осуществления и охраны авторского права не требуется регистрации произведения, иного специального оформления произведения или соблюдения каких-либо других формальностей. Это принципиальная позиция законодательства России, в соответствии с которой авторское право порождает сам факт создания произведения (п. 1 ст. 9 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Кроме того, Закон не требует подтверждения наличия у произведения предусмотренных им критериев, т.е. необходимости какой-либо квалификации произведения как такового для признания его объектом авторского права.

После присоединения СССР в 1973 г. к Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г. на всех печатных изданиях (книгах, журналах, конвертах грампластинок и т.п.) стал проставляться знак охраны авторского права, который состоит из трех элементов: латинской буквой «С» в окружности: ©; имени обладателя исключительных авторских прав, года первого опубликования произведения.

Использование данного знака охраны не означает введения в российское право требования о выполнении формальностей как условия возникновения охраны. Применение знака охраны зависит от усмотрения обладателя исключительных авторских прав. Правовой охраной в равной степени будут пользоваться как произведения, на которых проставлен знак охраны, так и произведения без такого знака.

Основной целью снабжения произведения данным знаком является оповещение третьих лиц о том, что они имеют дело с охраняемым произведением. Это не только служит предупреждением против нарушения чужих авторских прав, но и облегчает процесс доказывания вины нарушителя, если таковое все-таки состоится.

Аналогичное значение имеет и регистрация программ для ЭВМ и баз данных в Российском агентстве по правовой охране программ для ЭВМ, баз данных и топологий ИМС (в настоящее время функции указанного Агентства выполняются Роспатентом). Регистрация программных средств осуществляется исключительно по желанию правообладателя, ей не придается никакого правообразующего значения, но факт регистрации может сыграть полезную роль при разрешении спора об авторстве на компьютерную программу или ее незаконном использовании.

Е. Срок охраны прав авторов

1. Длительность срока охраны

2.

Срок охраны авторским правом длится пожизненно и от 50 до 70 лет после смерти автора. Из

¹⁸ См. страницу в Интернете <http://www.lcweb.loc.dov/copyright/>

этого общего положения есть некоторые исключения, на рассмотрении которых мы остановимся ниже. Статьями 7 и 7bis Бернской конвенции устанавливается срок охраны пожизненно плюс 50 лет после смерти автора. Однако в ряде стран, например в странах ЕС и в США, срок охраны после смерти автора увеличен до 70 лет.

В России авторское право действует в течение всей жизни автора и 50 лет после его смерти. Указанный 50-летний срок исчисляется с 1 января года, следующего за годом смерти автора, и соответственно истекает в конце последнего, пятидесятого года срока.

Из этого общего правила устанавливается, однако, ряд исключений. Первое из них касается произведений, обнародованных анонимно или под псевдонимом. По понятным причинам срок их охраны не может быть основан на дате смерти их авторов. Поэтому авторское право на такие произведения действует в течение 50 лет, считая с 1 января года, следующего за годом их правомерного обнародования. Если, однако, автор произведения, выпущенного анонимно или под псевдонимом, раскроет свою личность в течение указанного срока или его личность не будет далее оставлять сомнений, то срок действия авторского права на это произведение будет исчисляться по общим правилам.

Второе исключение связано с произведениями, созданными в соавторстве. Авторское право на такое произведение действует в течение всей жизни и 50 лет после смерти автора, пережившего других авторов. В данном случае имеются в виду, конечно, авторские права на коллективное произведение в целом. Сроки охраны частей коллективного произведения, которые имеют самостоятельное значение и используются обособленно от других частей произведения, зависят от продолжительности жизни их авторов.

На практике нередко встречаются случаи, когда произведения умерших авторов обнаруживаются и начинают использоваться за пределами указанных выше сроков или в самом их конце. На этом основании наследники часто обращались в государственные органы с просьбами о продлении срока действия авторского права, однако ранее действовавшее законодательство такой возможности не предусматривало. Данный вопрос обычно решался путем заключения наследниками и заинтересованными организациями договоров купли-продажи о приобретении неопубликованных рукописей и иных материальных носителей как вещественных объектов. Это, конечно, не было оптимальным выходом из ситуации, так как наследники лишались возможности получать вознаграждение за повторное использование произведений, их использование иными организациями и т. д. Учитывая это, новый авторский Закон установил еще одно исключение из общих правил исчисления сроков охраны авторских произведений. В соответствии с п. 5 ст. 27 Закона авторское право на произведение, впервые выпущенное в свет после смерти автора, действует в течение 50 лет после его выпуска. К рассмотренному случаю близка ситуация, касающаяся сроков охраны произведений репрессированных авторов. Если автор был репрессирован и реабилитирован посмертно, то 50-летний срок охраны прав на произведение начинает действовать с 1 января года, следующего за годом реабилитации.

Наконец, Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» предусматривает увеличение на 4 года срока охраны авторских прав на произведения тех авторов, которые участвовали в Великой Отечественной войне или работали в этот период.

Установленный российским законом срок охраны авторских прав, равно как и особый порядок его исчисления в указанных в законе случаях, применяется тогда, когда 50-летний срок действия авторского права не истек к 1 января 1993 г. (п. 3 постановления Верховного Совета РФ от 9 июля 1993 г. «О порядке введения в действие Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Данное весьма своеобразное правило выпадает из ряда обычно принимаемых решений и порождает далеко идущие юридические последствия.

Чтобы пояснить, о чем идет речь, напомним, что до 1 июня 1973 г. общий срок действия авторских прав на произведение составлял в России период жизни автора и 15 лет после его смерти, а с 1 июня 1973 г. по 3 августа 1992 г. — период жизни и 25 лет. Основы гражданского законодательства 1991 г., вступившие в действие на территории России 3 августа 1993 г., впервые увеличили срок охраны авторских прав до 50 лет. Однако при этом было установлено, что новый 50-летний срок охраны применяется лишь к тем произведениям, срок действия авторских прав на которые не истек к моменту вступления Основ в силу. Иными словами, если произведение по причине истечения действовавшего ранее срока охраны уже перешло в разряд неохраняемых, то восстановление его охраны в связи с увеличением Основами срока охраны авторских прав не предусматривалось. Именно таким образом обычно решается данный вопрос при изменении законодательства. Данное решение было, в частности, реализовано при введении в действие Патентного закона РФ, который увеличил срок действия патентов на изобретения и промышленные образцы.

При введении в действие Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» законодатель

отступал от этого правила, что создало довольно сложную юридическую ситуацию. Многие произведения, которые уже давно использовались свободно в связи с истечением сроков их охраны но ранее действовавшему законодательству, вновь стали пользоваться правовой охраной. В эту категорию попали произведения всех российских авторов, которые умерли после 1 января 1943 г., так как на 1 января 1993 г. еще не истек установленный законом 50-летний срок охраны их произведений. Как видно из стенограммы заседания Верховного Совета РФ, на котором обсуждались поправки к проекту Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» и проекту постановления Верховного Совета о порядке введения данного Закона в действие, этот результат был достигнут вполне осознанно. Поскольку, как отмечалось на заседании, вопрос на деле касался двух-трех десятков выдающихся авторов, депутаты, руководствуясь соображениями гуманности и справедливости, сознательно внесли соответствующее изменение в п. 3 указанного постановления, первоначальная редакция которого не предусматривала возможности восстановления охраны произведений, срок охраны которых уже истек. Поэтому пользователи произведений обязаны впредь заключать договоры на использование таких произведений с наследниками авторов и выплачивать последним согласованное вознаграждение. Поскольку правила нового Закона применяются лишь к отношениям по созданию и использованию произведений, возникающим после введения указанного Закона в действие (т.е. с 3 августа 1993 г.), за предшествующее этой дате использование произведений, которые согласно ранее действовавшему законодательству могли использоваться всеми заинтересованными лицами свободно, вознаграждение наследникам выплачиваться не должно.

Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» отказался от конструкции авторства юридических лиц на произведение. В этой связи надлежало решить вопрос об авторских правах юридических лиц, которые возникли до введения в действие нового Закона. Напомним, что согласно ранее действовавшему законодательству (ст. 498 ГК РСФСР 1964 г.) авторское право, принадлежавшее юридическому лицу, действовало бессрочно и не прекращалось даже в случае реорганизации или ликвидации юридического лица, так как переходило к правопреемнику или государству. В постановлении Верховного Совета РФ, посвященном введению в действие авторского Закона, отмечается, что авторское право юридических лиц, возникшее до 3 августа 1993 г., прекращается по истечении 50 лет с момента правомерного обнародования произведения или создания произведения, если оно не было обнародовано. Что же касается радио- и телепередач (передачи в эфир), в отношении которых не истек 50-летний срок с момента их правомерного обнародования или создания, если они не были обнародованы, то с момента введения в действие Закона они охраняются в течение оставшегося срока как объекты смежных прав.

По истечении срока действия авторского права произведение считается перешедшим в *общественное достояние*. Такого рода произведения, равно как и произведения, которым на территории России никогда не предоставлялась охрана, могут свободно использоваться любым лицом без выплаты авторского вознаграждения. При этом, однако, должны соблюдаться право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора. В отличие от ранее действовавшего законодательства (ст. 502 ГК РСФСР 1964 г.) новый Закон не предусматривает возможности объявления произведения, в отношении которого истек срок охраны, достоянием государства и определения особых условий его использования. По Правительством РФ могут устанавливаться случаи выплаты специальных отчислений за использование на территории России произведений, перешедших в общественное достояние. Такие отчисления должны выплачиваться в профессиональные фонды авторов, а также организациям, управляющим имущественными правами авторов на коллективной основе, и не могут превышать одного процента от прибыли, полученной за использование таких произведений.

2. Продление срока охраны авторским правом до 70 лет

В последние годы наметилась тенденция продления срока охраны авторским правом. Особые усилия в этом направлении предпринимают хорошо организованное лобби интересов обладателей тех авторских прав, сроки охраны которых на исходе. В то же время, что касается произведений, находящихся в общественном пользовании, публика не проявляет озабоченности по поводу возможной утраты права их использования и никак не организована для принятия каких-либо мер. Бернской конвенцией давно установлен срок охраны авторским правом: «все время жизни автора и пятьдесят лет после его смерти». В 1993 г. Европейский союз издал Директиву, устанавливающую в странах-членах срок охраны не менее 70 лет после смерти автора. Вероятность того, что данная Директива повлияет на изменение сроков в национальном законодательстве стран мира, достаточно велика. Для этого есть две основные посылки. Первая состоит в том, что Директива требует применения мер воздействия к странам, придерживающимся 50-летнего срока охраны. Применение

мер воздействия предусматривается и ст. 7(8) Бернской конвенции, которая гласит, что:

«В любом случае срок определяется законом страны, в которой истребуется охрана; однако если законодательством этой страны не предусмотрено иное, этот срок не может быть более продолжительным, чем срок, установленный в стране происхождения произведения».

Директива ЕС идет дальше и также гласит, что «срок охраны, предоставляемый произведению в странах-членах, не должен превышать срок охраны, устанавливаемый в стране обладателя прав...» В результате получилось, что такие страны, как США, которые являются основным экспортером произведений в Европу, предпочли продлить собственные сроки охраны, чтобы избежать применения к себе сроков, более кратких, чем принятые в Европе. Вероятно, что страны Центральной и Восточной Европы, претендующие на вступление в ЕС, также продлят сроки охраны до 70 лет с тем, чтобы привести свое законодательство в соответствие с законодательством ЕС.

Продление срока охраны авторских прав затрагивает весьма серьезные вопросы экономического и политического характера. Кто должен стать обладателем экономических прав в течение дополнительного 20-летнего срока охраны авторских прав — наследники автора или издатель, которому были переданы авторские права, или эти права должны быть поделены между ними? Должны ли договоры, в которых предусмотрены отчисления гонорара с каждого проданного экземпляра до конца срока авторского права, автоматически продлеваться на дополнительные 20 лет?

В соответствии с обязательствами, принятыми Россией по Соглашению о партнерстве и сотрудничестве с Европейским союзом, Российская Федерация должна будет не позднее 1 декабря 2002 г. увеличить срок охраны авторских прав до 70 лет после смерти автора.

3. Сокращение срока охраны авторским правом

Бернская конвенция содержит ряд положений, в которых сформулированы исключения из правила «пожизненно + 50». Принимавшиеся после заключения Конвенции международные договоры и Директивы ЕС ввели определенные ограничения в использование указанных исключений. В частности, согласно Бернской конвенции срок охраны кинематографических произведений может быть короче пятидесяти лет: «...Спустя пятьдесят лет после того, как произведение с согласия автора было сделано доступным для всеобщего сведения, либо — если в течение пятидесяти лет со времени создания такого произведения это событие не наступит, — срок охраны истекает спустя пятьдесят лет после создания произведения». В п. 2 Директивы ЕС предусмотрено увеличение срока охраны таких произведений:

«Срок охраны кинематографических и аудио-визуальных произведений истекает через 70 лет после смерти последнего из нижеследующих лиц вне зависимости от того, были ли они соавторами этих произведений: главного режиссера, автора сценария, автора слов текстов и автора музыки, специально написанных для данного кинематографического или аудио-визуального произведения».

Похоже, что в будущем в странах с развитой киноиндустрией в законодательство будут внесены изменения, устанавливающие тот же срок охраны, что предусматривает Директива ЕС.

Что касается срока охраны авторских прав на фотографические произведения, то Бернская конвенция сохраняет за странами-участницами право его укорачивать, но он не может быть менее 25 лет. Однако это положение уже устарело. И страны ЕС, и США установили срок охраны авторских прав на фотографические произведения такой же, как и на литературные работы. По Договору ВОИС по авторским правам предусматривается то же самое: одинаковые сроки охраны авторских прав на фотографические и литературные произведения.

Российское авторское право устанавливает единый срок правовой охраны для любых произведений. Различия в фактических сроках охраны авторских прав на отдельные виды произведений могут возникать лишь по причинам, связанным с разным порядком определения начального момента охраны. Так, например, как уже отмечалось, авторское право на анонимное произведение действует в течение 50 лет после даты его правомерного опубликования; произведения, впервые выпущенные в свет после смерти автора, охраняются в течение 50 лет после их выпуска и т.д.

4. Восстановление авторских прав: ст. 18 Бернской конвенции

В ст. 18 Бернской конвенции содержится важное положение, затрагивающее страны, сравнительно недавно присоединившиеся к Конвенции (такие, как Китай, Россия и США). Этим положением предусматривается охрана произведений, которые «к моменту вступления ее (т.е. Конвенции) в силу не стали еще общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения

срока охраны». Соглашением ТРИПС от стран-участниц требуется полное соответствие ст. 18 в качестве условия вступления во Всемирную торговую организацию. Сказанное можно рассмотреть на следующем примере. Пол Маккартни и Джон Леннон из группы «Битлз» написали песню «Хочу держать тебя за руку» около 1963 года. Джон Леннон умер, его соавтор Пол Маккартни здравствует. Срок охраны авторским правом в Великобритании истечет через 70 лет после смерти Маккартни. Теперь предположим, что между государством «Х» и Великобританией до 1998 г. не было заключено договора об охране авторских прав, и поэтому песня «Хочу держать тебя за руку» была общим достоянием в государстве «Х». Если это государство вступило в Бернскую конвенцию в 1998 г., то в нем, в полном соответствии с Конвенцией, устанавливается режим охраны песни, который будет длиться еще 50 лет после смерти Пола Маккартни. Введение закона с обратной силой действия может вызвать проблемы для звукозаписывающих компаний в стране «Х», которые до вступления страны в Конвенцию тиражировали записи песни «Хочу держать тебя за руку». В ст. 28 Бернской конвенции говорится: «Соответствующие страны определяют каждая для себя условия применения этого принципа». Данное положение допускает некоторые отклонения от принципа обратной силы при восстановлении охраны авторских прав. Поэтому в приведенном примере в стране «Х» могут быть сделаны исключения для звукозаписывающих компаний, которые на тот момент уже имели запасы сделанных записей.

Предположим, что Пол Маккартни передал свои права на песню «Хочу держать тебя за руку» компании звукозаписи. Кому перейдут восстановленные права? В Бернской конвенции по этому поводу ничего не говорится. В соответствии со ст. 18 страны по своему усмотрению решают вопрос выбора между первым правообладателем и правопреемником. Законодательство США по этому вопросу в полном соответствии с Бернской конвенцией решает вопрос в пользу первоначального правообладателя.

Вопрос о так называемой обратной силе Бернской конвенции является достаточно сложным и продолжает вызывать споры среди специалистов. Поскольку Российская Федерация присоединилась к Бернской конвенции лишь в 1995 г., данный вопрос приобрел особую актуальность. Казалось бы, в п. 1 ст. 18 Бернской конвенции содержится достаточно ясное решение, а именно указывается на то, что положения Конвенции должны применяться ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу для страны, присоединяющейся к Конвенции, еще не стали общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны. Указанное правило не вызывало никаких вопросов и разночтений до тех пор, пока к Бернской конвенции не присоединились США, заявившие о неприменении правила об обратной силе. В последующем указанная оговорка была США снята, однако прецедент возможного отхода от принципа обратной силы Бернской конвенции был создан. При присоединении России к Бернской конвенции Правительством РФ было заявлено, что действие данной Конвенции не распространяется на произведения, которые на дату ее вступления в силу для Российской Федерации (13 марта 1995 г.) уже являлись на ее территории общественным достоянием. На наш взгляд, подобное заявление расходится с требованиями п. 1 ст. 30 Бернской конвенции, которые допускают делать оговорки лишь в строго определенных в нем случаях. Поскольку ст. 18 Конвенции этими случаями не охватывается, любые оговорки о неприменении обратной силы Бернской конвенции не имеют необходимой правовой базы. Поэтому, на наш взгляд, на территории России должны охраняться все произведения иностранных авторов из стран Бернского союза, если только они еще не перешли в общественное достояние вследствие истечения сроков охраны в самих этих странах.

Ж. Вопросы охраны авторского права в отношениях «работник—работодатель»

1. Права работодателя при отсутствии трудового контракта с работником

Взаимоотношения работника и работодателя при отсутствии заключенного между ними трудового контракта представляют собой одну из тех немногочисленных областей авторского права, которая практически не затронута в международных договорах. Разброс позиций в национальном законодательстве различных стран весьма значителен и варьируется от позиции, по которой при неурегулированности вопроса трудовым контрактом работодатель считается полноценным автором, а работник не имеет никаких прав (как это имеет место в США), до позиции, имеющей место во многих странах, по которой при отсутствии контракта работник получает все немущественные права и некоторые, а иногда и самые основные, имущественные. В связи с тем объемом имущественных авторских прав, которые закон предоставляет работодателю, становится чрезвычайно важным понимание сути взаимоотношений «работодатель—работник» как отношений «заказчик — независимый подрядчик».

Со стороны частного международного права также возникает ряд очень важных вопросов. Если работа осуществляется в стране, где работодатель получает значительную часть или все авторские права, что остается работнику? И наоборот, если правами обладает автор-работник, что остается работодателю?

В ст. 14bis Бернской конвенции закреплены специальные положения, регулирующие вопросы правообладания в области кинематографии. Эти положения призваны разрешать проблемы, порождаемые следующими факторами: 1) кинематографические работы создаются совместными усилиями больших коллективов людей; и 2) киностудия должна обладать известной гибкостью для того, чтобы реализовывать экономический потенциал кинематографических работ. В США, которые являются ведущим мировым производителем кинофильмов, не требуется наличия каких-либо специальных правил, поскольку практически все, кто занят в производстве фильмов, являются нанятыми работниками. В соответствии с тем, что по американскому законодательству работодатель является обладателем авторских прав, он же и будет считаться автором фильма. Однако в тех странах, где существенные права имеют работники, кинокомпаниям для того, чтобы получить имущественные права на фильм в соответствии с законодательством об авторских правах, придется заключить письменный договор об уступке прав с каждым работником. И даже в этой ситуации работник может обжаловать нарушение своих неимущественных прав в случае, когда фильм дублировался на иностранный язык или снабжался субтитрами. Чтобы снять эту проблему, в статью 14bis Конвенции было включено положение о том, что:

«2) (б) В странах Союза, законодательство которых включает в число владельцев авторского права на кинематографическое произведение авторов, внесших вклад в его создание, эти авторы, если они обязались внести такой вклад, не вправе при отсутствии любого противоположного или особого условия, противиться воспроизведению, распространению, публичному представлению и исполнению, сообщению по проводам для всеобщего сведения, передаче в эфир или любому другому публичному сообщению произведения, а также субтитрованию и дублированию его текста».

Однако такая формулировка может далеко завести. В отношении некоторых участников производства фильма, играющих особо важную роль, трудно предположить, что они автоматически уступят студии свои права. Поэтому в данную статью был включен следующий пункт:

«3) Если национальным законодательством не устанавливается иное, положения вышеуказанного пункта (2)(б) не применяются к авторам сценариев, диалогов и музыкальных произведений, созданных для постановки кинематографического произведения, и к его режиссеру-постановщику». Какие бы возможности ни предусматривались национальным законодательством, киностудии на практике регулируют свои отношения с авторами сценариев, диалогов и музыкальных произведений и с режиссерами-постановщиками детальными письменными контрактами.

В российском авторском праве проблема служебных произведений решается следующим образом. Само понятие «служебное произведение» закон не раскрывает, относя к их числу произведения, созданные в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя (ст. 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Юридическая наука и судебная практика вносят в это понятие большую определенность и ставят его в известные рамки. В частности, произведение может считаться созданным в порядке выполнения служебного задания только тогда, когда содержанием такого задания является именно создание произведения. Нередко признаком служебных произведений является отнесение их к плановым работам соответствующих научно-исследовательских учреждений или вузов. Наряду с плановыми работами служебными обычно признаются произведения, создаваемые в порядке выполнения служебных обязанностей штатными сотрудниками редакций газет и журналов, киностудий, радиовещательных организаций и т. д. Если же произведение штатного сотрудника не связано непосредственно с его трудовыми обязанностями, оно служебным не является.

Основные особенности правового режима служебных произведений заключаются в следующем. Во-первых, российское авторское законодательство исходит из того принципиального положения, что авторское право на него принадлежит его автору. Этим оно существенно отличается от законодательства многих стран, признающего работодателем авторских прав на произведение работодателя, по заданию которого оно создано. Авторское право России исключает здесь правопреемство работодателя и сохраняет все основные авторские правомочия за непосредственным создателем. В частности, автор пользуется правом на имя, правом на защиту репутации, правом на обнародование произведения и т. д. Это означает, что работодатель не может без согласия автора сделать произведение доступным для публики, не вправе без согласия автора вносить в него какие-либо изменения и т.п. Однако правомочия автора не носят неограниченного характера. Учитывается, что работодатель поручал автору создать произведение для того, чтобы

оно могло быть использовано для определенных целей. Поэтому хотя за автором в соответствии с господствующей доктриной сохраняется возможность решать вопрос о готовности произведения к обнародованию, считается, что он обязан дать такое разрешение, так как иначе его отказ будет расценен как нарушение трудовых обязанностей. Точно так же автор не может воспрепятствовать тому, чтобы на титульном листе или в выходных данных были указаны наименование или официальный символ организации, в рамках которой создано произведение.

Во-вторых, создание произведения по заданию работодателя самым существенным образом влияет на режим его использования. Согласно п. 2 ст. 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» исключительные права на использование служебного произведения принадлежат лицу, с которым автор состоит в трудовых отношениях (работодателю), если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное. Это означает, что автор не вправе без согласия работодателя передать созданное им произведение для использования другим лицам. Напротив, работодатель может как использовать такое произведение в своих собственных интересах, так и выдавать разрешения на его использование третьим лицам.

Как видим, по сравнению с ранее действующим законодательством вопрос об использовании служебных произведений в новом законе решается более жестким для авторов образом. Напомним, что ранее работодатель автоматически приобретал право на использование служебного произведения лишь способом, обусловленным целью служебного задания и в вытекающих из него пределах. Например, киностудия могла использовать созданные по ее заданию костюмы и декорации для постановки фильма, но чтобы использовать их для издания альбома репродукций, она должна была получить на это особое разрешение автора. Кроме того, принятые в 1991 г. Основы гражданского законодательства ограничили права работодателя на использование произведения 3 годами с момента представления произведения (ст. 140). Наконец, сам автор не лишился возможности использовать свою работу способами, не обусловленными целью служебного задания. Например, штатный дизайнер, по эскизам которого работодатель выпускал произведение ДПИ, мог заключить договор на издание своих работ, если только запрет на такие действия не содержался в его договоре с работодателем.

Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» закрепляет за работодателем все права по использованию произведения, в том числе по использованию его такими способами, которые не связаны прямо со служебным заданием, а также исходит из того, что соответствующие права переходят к работодателю на весь срок их действия. Однако это является лишь общим правилом, применяемым тогда, когда в договоре между работодателем и автором не предусмотрено иное. Стороны могут договориться о том, что работодатель приобретает права лишь на использование произведения в целях, обусловленных служебным заданием, и о том, что срок действия его прав ограничивается определенным периодом, и т. д.

В-третьих, особым образом решается вопрос о вознаграждении за использование служебных произведений. Ранее действовавшее законодательство исходило из того, что их создание уже оплачено заработной платой автора и потому, по общему правилу, не предусматривало выплату автору дополнительного вознаграждения, за исключением случаев, прямо установленных нормативными актами. Ныне в авторском законодательстве указывается, что размер авторского вознаграждения за каждый вид использования служебного произведения и порядок его выплаты устанавливаются договором между автором и работодателем (п. 2 ст. 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Данная норма позволяет сделать вывод, что отныне использование служебных произведений, по общему правилу, подлежит дополнительной оплате. Конечно, если в конкретном договоре автор отказался от получения вознаграждения созданного в порядке выполнения служебного задания, это не будет нарушением закона. Но если между сторонами возникает по этому поводу спор и они не могут прийти к соглашению, автор может добиваться защиты своих прав в судебном порядке. Причем автор вправе претендовать на получение особого вознаграждения за каждый вид использования своего произведения.

В-четвертых, российское авторское право исходит из того, что отношения между авторами, создающими произведения в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя, и их работодателями регламентируются заключенным между ними трудовым договором или контрактом. Данный договор (контракт) может, в частности, предусматривать сохранение прав на использование созданных произведений за автором, включать условия использования служебных произведений, устанавливать порядок определения размера причитающегося автору дополнительного вознаграждения, а также содержать иные условия, не противоречащие действующему законодательству. Если в таком договоре (контракте), заключенном при найме работника либо уже в период его работы, эти условия не определены, правовой режим служебных произведений, взаимные права и обязанности сторон устанавливаются на основе правил действующего законодательства. Заключения между работником-автором и работодателем —

пользователем произведения какого-либо особого авторского договора закон не требует. Соответственно на отношения между работником и работодателем не распространяются те требования, которые предъявляются законом к авторским договорам, в частности, правило о том, что предметом договора не могут быть права на использование произведений, которые автор может создать в будущем (п. 5 ст. 31 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

В-пятых, применительно к созданным в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя энциклопедиям, энциклопедическим словарям, периодическим и продолжающимся сборникам научных трудов), газетам, журналам и другим периодическим изданиям закон устанавливает более жесткий правовой режим, чем к другим служебным произведениям. В данном случае действует правило, установленное ч. 1 п. 2 ст. 11 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», в соответствии с которым издателям указанных изданий принадлежат исключительные права на их использование. Это, например, означает, что журналист или фотограф, находящиеся в штате газеты, не вправе, опираясь на п. 2 ст. 14 Закона, претендовать на получение особого вознаграждения за использование газетой материала, созданного ими в порядке выполнения своих служебных обязанностей или служебного задания своего работодателя. Предполагается, что их творческий труд, оплата которого обычно уязвлена с количеством переданного ими газете материала, уже полностью оплачен газетой, и последняя приобрела исключительное право на использование этого материала. Именно по этой причине в п. 4 ст. 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» указано на то, что общие правила, действующие в отношении служебных произведений (п. 1—3 ст. 14), на создание в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя энциклопедий, энциклопедических словарей, периодических и продолжающихся сборников научных трудов, газет, журналов и других периодических изданий не распространяются.

Нельзя не отметить, что иногда п. 4 ст. 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» пытаются придать совершенно иное значение, а именно доказать, что издатели подобных изданий вообще не приобретают исключительного права на использование материалов, созданных их штатными авторами в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания, и что права на эти материалы сохраняются за их авторами. При этом помимо п. 4 ст. 14 апеллируют к ч. 2 п. 2 ст. 11 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», где указывается на то, что «авторы произведений, включенных в такие издания, сохраняют исключительные права на использование своих произведений независимо от издания в целом».

Как представляется, такое толкование закона не имеет ничего общего с его действительным смыслом. Указание закона на сохранение за авторами исключительных прав на использование своих произведений независимо от издания в целом означает лишь то, что любой автор, в том числе и находящийся в штате работодателя, который передал свое произведение для использования в газете, журнале, продолжающемся сборнике и т.п., не лишается права использовать свое произведение в иной форме и иным способом, которые не совпадают с формой и способом использования его произведения издателем газеты, журнала и другого периодического или продолжающегося издания. Например, штатный журналист газеты имеет право издать опубликованные им в газете материалы в виде отдельной книги или переработать свою статью в произведение другого жанра; ученый, опубликовавший свое произведение в продолжающемся научном сборнике вуза, в котором он работает, может включить его в качестве составной части в свою монографию, и т.п. Данное понимание закона полностью согласуется с давно сложившейся в России практикой.

Затронутый вопрос имеет большое практическое значение. В частности, нередки случаи, когда газеты, не получив соответствующего разрешения, перепечатывают материалы, опубликованные другими газетами. При этом доказывается, что газета, материал которой перепечатан без ее согласия, не может даже выступать в защиту своих нарушенных интересов, так как не обладает никакими правами на опубликованный ею материал, хотя бы он и был создан ее штатным автором. Такая позиция является, безусловно, ошибочной. Газета, как и любое другое периодическое или продолжающееся издание, на которое распространяется действие п. 2 ст. 11 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», приобретает исключительные права на использование как издания в целом, так и каждого отдельного произведения, включенного в него, если речь идет о таком же способе использования произведения. Поэтому она может выступать в качестве истца в защиту своих нарушенных прав без какого-либо специального уполномочивания на это со стороны своих штатных сотрудников, усилиями которых были созданы эти материалы. Если же дело касается несанкционированного использования помещенных в газету произведений нештатных авторов, то решение вопроса о том, кто может выступать в качестве истца (газета или сам автор произведения), зависит от характера и условий того авторского договора, который заключен между газетой и таким автором.

2. Ограничение свободы трудового контракта между работником и работодателем

В тех странах, где авторские права закрепляются за работодателем, не существует ограничений в части уступки прав работодателем работнику. В тех же странах, где за работником закрепляются неимущественные, а в некоторых случаях и имущественные права, часто имеет место ограничение возможностей уступки этих прав. Ниже мы остановимся на рассмотрении ограничений уступки имущественных прав.

3. Имущественные права обладателя авторского права

1. Введение

Авторское право — это инструмент уравнивания интересов между авторами, издателями и обществом. По этой причине обладание авторскими правами не носит неограниченного характера, их объем четко очерчен законодательством. В Бернской конвенции и в Соглашении ТРИПС перечислен минимум тех прав, которые каждая страна должна предоставлять обладателю авторских прав. Страны свободны в том, чтобы увеличить их объем, но сделать объем меньше минимума они не могут. В Бернской конвенции использован термин «исключительные права». Для авторского права это очень важный технический термин. Он означает право: а) заниматься определенной деятельностью постольку, поскольку ею не нарушаются права других лиц и б) предупреждать занятие этим конкретным видом деятельности со стороны других лиц.

В результате создания произведения науки, литературы и искусства его автор приобретает ряд субъективных авторских прав как личного неимущественного, так и имущественного характера. Эти права в действующем авторском законодательстве и в доктрине авторского права традиционно именуется *исключительными*. Теория исключительности авторских прав была детально разработана еще в русской дореволюционной литературе. По мнению большинства ученых, признак исключительности означал прежде всего монополию обладателя авторского права на использование произведения.

В советский период оценка исключительности авторских прав существенно изменилась. Она стала трактоваться в большинстве работ как неотчуждаемость, неотторжимость авторских прав от личности автора в течение всей его жизни, недопустимость перенесения авторских прав на другое лицо. Практическим следствием такого подхода стал вывод о недопущении авторских договоров об уступке авторских прав, который нашел известное подкрепление в законодательстве.

С принятием Закона об авторском праве, в котором авторские права также трактуются как исключительные, произошло восстановление истинного смысла понятия исключительности авторских прав. Закон признает, что только сам обладатель авторского права может решать все вопросы, связанные с осуществлением авторских правомочий, и прежде всего с использованием произведения.

Действующее законодательство закрепляет за создателями произведений достаточно много правовых возможностей. В разных статьях Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» они именуется то авторским правом в целом, то авторскими правами, то отдельными авторскими правомочиями. В этой связи в юридической литературе отсутствует единый подход к пониманию конструкции субъективного авторского права. Одни ученые полагают, что создатели произведений обладают единым авторским правом, которое, подобно праву собственности, состоит из отдельных авторских правомочий: права авторства, права на имя, права на обнародование произведения и т.д. Другие считают, что автору принадлежит ряд конкретных субъективных прав, и о едином авторском праве можно говорить лишь условно.

Данный спор носит в значительной степени надуманный характер, так как совершенно очевидно, что законодатель использует термин «авторское право» в разных статьях Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» в различных значениях. Иногда им охватываются все предоставленные автору возможности, в других случаях в него включаются лишь отдельные авторские правомочия. Поэтому содержание, которое вкладывает законодатель в данный термин, необходимо каждый раз устанавливать путем толкования закона. Не имеет, на наш взгляд, практического значения и выделение среди правовых возможностей автора собственно авторских прав и авторских правомочий. Представляется, что это синонимы.

Важное значение имеет и такой общий вопрос: исчерпываются ли конкретные авторские права теми их видами, которые прямо названы в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах»? Нет, не исчерпываются. Во-первых, те перечни авторских прав, которые, на первый взгляд, исчерпывающе перечислены в ст. 15—16 Закона, в действительности включают далеко не все права, которыми обладают авторы. Например, в других статьях Закона мы находим и иные

права авторов, в частности право доступа, право следования и др. Отдельные же права (например, право на опубликование, которое не совпадает с правом на обнародование) вообще в Законе не названы, хотя, безусловно, имеются у авторов.

Во-вторых, закон закрепляет за авторами исключительное право на использование произведения в любой форме и любыми способами. Те способы использования, которые в дальнейшем раскрываются в Законе, носят лишь примерный характер. Таким образом, действующее авторское законодательство хотя и содержит весьма полный перечень конкретных авторских прав, но не описывает эти права исчерпывающим образом.

2. Право на воспроизведение

Право на воспроизведение является важнейшим из всех авторских прав. Статья 9 Бернской конвенции гласит:

«1) Авторы литературных и художественных произведений, охраняемых настоящей Конвенцией, пользуются исключительным правом разрешать воспроизведение этих произведений любым образом и в любой форме.

3) Любая звуковая или визуальная запись признается воспроизведением для целей настоящей Конвенции».

Первый пункт закрепляет за автором книги, например, исключительное право разрешать ее копирование. Третий пункт закрепляет за автором книги исключительное право разрешать звуковое воспроизведение книги чтением. Именно по причине важности этого права в законодательстве по данной отрасли в английском языке используется термин «копирайт» (copyright), т.е. право копирования.

Следует также отметить, что положение о праве на воспроизведение применяется только в отношении материалов, защищенных авторским правом. Каждое конкретное произведение состоит из юридически значимых (охраняемых) и юридически безразличных элементов. Соответственно, автор имеет право на охрану только юридически значимых элементов. Как правило, всегда понятно, какие элементы произведения относятся к числу охраняемых, а какие нет. Предположим, например, что некий издатель готовит к опубликованию сборник под названием «Лучшие английские поэмы восемнадцатого века», подбор стихотворений в котором является тематическим. Поскольку срок действия охраны авторским правом на все данные произведения истек, кто угодно может скопировать любое из них. Но вот скопировать сборник целиком нельзя, потому что это будет уже недозволенным воспроизведением результата особого творчества издателя. Если в отношении отдельной журнальной статьи Эйнштейна о теории относительности, опубликованной в конкретной стране, еще не истек срок охраны авторским правом, правомерным будет только воспроизведение самих математических формул, ибо они не могут быть объектом правовой охраны, тогда как воспроизведение объяснений и раскрытия смысла этих формул, сделанных Эйнштейном, недопустимы, поскольку они находятся под охраной авторских прав.

Возможность воспроизведения творческого результата, достигнутого создателем произведения, другими лицами послужила одной из главных причин возникновения авторского права. Не случайно сам термин «авторское право» в английском языке звучит как «ко-пиррайт», что буквально означает право на копирование, воспроизведение.

Итак, право на воспроизведение есть *право на повторное придание произведению объективной формы, допускающей его восприятие третьими лицами*. Причем данное право по действующему законодательству ограничивается лишь повторным воспроизведением произведения в той или иной материальной форме, т.е. связано с его фиксацией на определенном материальном носителе. Публичное исполнение, передача в эфир и иные способы использования произведения, не связанные с повторной фиксацией произведения на материальном носителе, пусть даже ином, рассматриваются законом в качестве особых правомочий автора, лежащих за рамками воспроизведения.

Воспроизведением в точном смысле признается само изготовление копий произведения в любой материальной форме независимо от того, где и когда они будут выпущены в обращение и произойдет ли это вообще. Кроме того, для воспроизведения не требуется изготовления такого количества экземпляров произведения, которое удовлетворяло бы потребности публики. Им будет считаться изготовление нескольких или даже одной копии произведения.

С правом воспроизведения, принадлежащим авторам произведений изобразительного искусства, тесно связано *право доступа*. Сущность данного права заключается в том, что автор произведения изобразительного искусства вправе требовать от собственника произведения предоставления возможности осуществления им права на воспроизведение своего произведения. Иными словами, художник или скульптор может делать копии со своего произведения, для чего

собственник картины или скульптуры должен обеспечить доступ автора к произведению. При реализации данного права автор не должен создавать собственнику излишних неудобств, в частности, он не может требовать доставки ему произведения.

3. Право на переработку

Еще одним важным правом является право перерабатывать произведение. Статья 12 Бернской конвенции гласит, что «авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать переделки, аранжировки и другие изменения своих произведений».

Исключительное право автора разрешать переработку своего произведения может повлечь за собой две совершенно различные ситуации. В первой переделка произведения связана с копированием оригинала. Например, какая-то кинокомпания решает адаптировать широкоформатный фильм для использования на видео. Понятно, что, если у этой компании нет лицензии на производство видеокассет, она сделает сразу два нарушения: нарушит право на воспроизведение и право на переделку произведения. В результате выяснения обстоятельств может обнаружиться, что право на воспроизведение и право на переработку принадлежат разным людям. Лицом может быть получено у автора разрешение только на демонстрацию фильма в кинотеатрах и не получено право на переделку пленки под формат видео. Право на адаптацию можно нарушить без копирования. Художник может изготовить и продать 100 экземпляров черно-белого рисунка фильма. Купившее их лицо может нанять художника по цвету для добавления краски к рисункам. Получается, что в данном случае мы не имеем дела с воспроизведением произведения, но здесь можно усмотреть нарушение права на его переделку. Кроме того, и ниже мы будем говорить об этом, в данном случае может иметь место и нарушение неимущественных прав специалиста, переделывавшего фильм под видеоформат.

Статья 14 Бернской конвенции содержит очень важные специальные положения об исключительном праве автора разрешать переделку своих произведений:

«1) Авторы литературных и художественных произведений имеют исключительное право разрешать:

- 1) кинематографическую переделку и воспроизведение своих произведений и распространение переделанных или распространенных таким образом произведений;
- 2) Переделка в любую другую художественную форму кинематографической постановки, производной от литературного или художественного произведения, требует, независимо от разрешения ее автора, также и разрешения автора оригинального произведения».

Таким образом, автор романа обладает исключительным правом разрешить его использование для создания художественного фильма.

Иногда возникают споры в отношении художественных фильмов, сделанных на основе материалов о реальных событиях, например фильм «Титаник». Очевидно, что в фильме будет много сцен, подобных тем, что описаны в исторических работах на эту тему. Если бы сцены фильма имели сходство со сценами, описанными в романе, то возникли бы серьезные доказательства того, что создатели фильма нарушили исключительные права автора романа. Сам же по себе простой факт, что в кинофильме показаны реальные события, похожие на те, что описаны в романе, доказательством нарушения прав не является. Фактический материал о подробностях гибели «Титаника» является общим достоянием. И на основании этого материала любой художник может делать свой фильм.

Право автора на переработку включает в себя как возможность автора самостоятельно перерабатывать произведение в другой вид, форму или жанр, так и возможность давать разрешение на переработку другим лицам. Создаваемые в результате творческой переработки произведения являются новыми объектами авторского права. Но их использование может осуществляться лишь с согласия авторов оригинальных произведений. Как правило, дача автором согласия на переработку означает и его согласие на использование созданного в результате переработки нового произведения. Однако автор может оставить за собой право на одобрение переработки как предварительное условие ее использования.

Право на переработку произведения охватывает собой все виды произведений и все виды переработок. Это следует подчеркнуть особо, так как до последнего времени данное право касалось лишь переработки повествовательного произведения в драматическое либо в сценарий и наоборот. В остальных случаях чужие изданные произведения могли без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора использоваться для создания нового, творчески самостоятельного произведения (п. 1 ст. 492 ГК РСФСР 1964 г.). В настоящее время согласие автора необходимо на любую переработку его произведения. В случае нарушения данного

требования автор произведения, подвергнувшегося не санкционированной им переработке, имеет право на защиту своих прав.

Применительно к программам для ЭВМ и базам данных переработка именуется *модификацией* и означает любые их изменения, кроме тех, которые осуществляются исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных его программ.

После смерти автора в течение срока действия авторского права право давать согласие на переработку осуществляется его наследниками. Никаких иных временных или других ограничений данного права законодательство не предусматривает.

4. Право на перевод

Право на перевод произведения закреплено в ст. 8 Бернской конвенции:

«Авторы литературных и художественных произведений, охраняемых настоящей Конвенцией, в течение всего срока действия их прав на оригинальное произведение пользуются исключительным правом переводить и разрешать переводы своих произведений».

Любой перевод произведения в известном смысле влечет за собой воспроизведение и адаптацию оригинала. Поэтому право на перевод — это естественное следствие решения передать его автору исключительное право на воспроизведение и адаптацию. Предположим, что написанный на польском языке оригинал с разрешения автора переводится на французский. Здесь автор романа сохраняет за собой право на роман, а автор перевода — право на перевод. Если некое третье лицо захочет перевести роман на английский язык с французского, то ему понадобятся разрешения и автора романа на польском языке, и автора перевода на французский язык.

В системах образования развивающихся стран используется очень много переводных материалов. Большинство учебников написано на английском, немецком, русском и других языках, на которых говорят в странах с наиболее развитыми системами образования. Очень мало книг написано на родных языках жителей развивающихся стран. Приложение III к Бернской конвенции дает развивающимся странам некоторую привилегию, по которой осуществляется принуждение к выдаче разрешений на перевод на те языки, на которых говорят в этих странах.

В субъективное право на перевод входит *возможность автора самому переводить и использовать перевод своего произведения, а также его право давать разрешение на перевод и использование перевода другими лицами*. На практике авторы довольно редко переводят произведения сами, поскольку эта работа требует особых знаний и навыков. Поэтому фактически право на перевод сводится к праву давать согласие на использование перевода. Запретить перевод произведения в целях личного использования автор не может ни фактически, ни юридически.

Свое согласие на перевод автор обычно выражает путем заключения договора с той организацией, которая намерена использовать его произведения в переводе. Данная организация принимает на себя обязанность обеспечить качественный перевод произведения, а также по просьбе автора представить ему перевод для ознакомления. Подбор переводчика, с которым будущий пользователь произведения заключает отдельный договор, как правило, организация оставляет за собой, хотя договор может предусматривать необходимость согласования кандидатуры переводчика с автором произведения. Если, по мнению автора, перевод выполнен некачественно или допущены какие-либо иные отступления от условий договора, например нарушена целостность произведения, автор может запретить использование такого перевода.

Как правило, дача автором согласия на перевод не имеет характера исключительной лицензии. Обычно автор оставляет за собой право разрешать перевод своего произведения на тот же язык другим лицам. Однако не будет нарушением закона и взятое автором обязательство воздерживаться на какой-либо срок от уступки права на перевод другим лицам. Разрешая перевод произведения, автор может оговорить свое право на внесение в произведение исправлений и дополнений, исключение из произведения отдельных частей и т.д. Право на перевод по действующему российскому законодательству признается за автором и его правопреемниками в течение всего срока охраны произведения. В законодательстве не содержится также каких-либо иных ограничений права на перевод, кроме тех, которые связаны с общими случаями свободного использования произведений. Иными словами, российское законодательство не предусматривает механизма выдачи принудительных лицензий на перевод, который допускается вводить во внутреннее законодательство в соответствии со ст. V Всемирной конвенции об авторском праве.

5. Право на распространение

В Договоре ВОИС по авторским правам в ст. 6 (1) предусмотрено:

«Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать делать доступными для общества оригиналы или копии своих произведений путем их продажи или передачи своих прав».

Важным исключением из этого права, об этом мы будем говорить ниже, является так называемое исчерпание прав. Это означает, что когда конкретная копия произведения продана с разрешения правообладателя, то она, по общему правилу, может перепродаваться без всяких ограничений, по крайней мере, в той стране, где она была продана.

Российский авторский закон определяет право на распространение очень скупое, указывая лишь на то, что автор может распространять экземпляры произведения любым способом, в частности продавать, сдавать в прокат и т.д. Тем не менее указанная формулировка позволяет сделать некоторые выводы. Прежде всего закон связывает распространение только с теми произведениями, которые зафиксированы на материальном носителе. Это следует хотя бы из того, что продать и сдать в прокат можно лишь сам материальный носитель, на котором зафиксировано произведение, а не само произведение как таковое. Поэтому публичное исполнение, публичный показ, передача в эфир и иные аналогичные способы использования произведения распространением не являются.

Далее, распространение предполагает наличие копий произведения, которые и пускаются в гражданский оборот. В самом деле, в законе говорится о продаже, сдаче в прокат и т.п. экземпляров произведения, т.е. копий, изготовленных в любой материальной форме. Если произведение не размножено, а существует только в оригинале, оно не может быть распространено. Поэтому даже после закрепления в российском авторском законодательстве права следования (ст. 17 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах») нельзя согласиться с тем, что объектом распространения может быть сам уникальный материальный носитель произведения.

Наконец, право на распространение закон не связывает с пуском в гражданский оборот такого количества экземпляров произведения, которое удовлетворяло бы разумные потребности публики. Распространением будут признаны продажа, сдача в прокат или введение в гражданский оборот иным способом ограниченного числа копий произведения.

Закон не содержит исчерпывающего перечня способов распространения произведения, называя лишь наиболее типичные из них — продажу и сдачу в прокат. Продажа означает реализацию копий произведения за плату. Сдача в прокат (внаем) — это предоставление экземпляра произведения во временное пользование в целях извлечения прямой или косвенной коммерческой выгоды. Однако получение платы за передачу копии произведения в собственность или во временное пользование не является обязательным признаком распространения. Экземпляры произведения могут передаваться третьим лицам и бесплатно. Типичным примером такого распространения является деятельность библиотек.

Наряду с правом на распространение закон особо выделяет исключительное *право автора импортировать экземпляры произведения в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения обладателя исключительных авторских прав (право на импорт)*.

В данном случае за автором закрепляется возможность осуществлять контроль за ввозом на территорию действия его авторских прав экземпляров созданного им произведения, которые изготовлены за границей. Основанием для выделения права на импорт является территориальная ограниченность сферы действия авторских прав. Произведение, которое не охраняется на территории той или иной страны, может там свободно использоваться, в том числе воспроизводиться. Однако если экземпляры произведения будут доставлены в целях распространения в страну, на территории которой произведение охраняется, это будет нарушением авторских прав.

Право на импорт неразрывно связано с правом на распространение и в известной мере является его детализацией. Право контроля за импортом экземпляров произведения предоставляется автору для того, чтобы он мог более эффективно осуществлять принадлежащее ему право на распространение. Обладая правом на импорт, автор может пресечь нарушение своего права на распространение уже на стадии подготовки его нарушения. Если же ввоз экземпляров произведения не имеет цели их последующего распространения на территории, на которой произведение пользуется правовой охраной, то автор не может запретить их импорт (ввоз в личных целях, для участия в выставке и т.п.).

6. Право проката

В ст. 7 Договора ВОИС по авторским правам воспроизведены положения Соглашения ТРИПС, в которых право на прокат сформулировано следующим образом:

1) авторы

компьютерных программ,
кинематографических произведений,
произведений в форме фонограмм, как это определено национальным законодательством договаривающейся страны,

имеют исключительное право отдавать в прокат оригиналы или копии своих произведений.

2) Параграф 1 не применяется

в отношении программ для ЭВМ, за исключением случаев, когда сама программа не является объектом проката, и

в отношении кинематографических работ, если их передача в прокат ведет к широкомасштабному копированию этих произведений, чем нарушается материальный аспект исключительного права автора на воспроизведение.

3) Невзирая на положения параграфа (1) страна — участница Договора, которая на 15 апреля 1994 года имела и продолжает иметь действующую систему выплат соразмерного вознаграждения авторам, передавшим в прокат свои произведения, воплощенные в фонограммах, не наносит материального ущерба исключительному праву автора на воспроизведение».

Передача в прокат компьютерных программ и звуковых записей произведений несет в себе более значительную угрозу авторским правам, по сравнению с разрешением использовать защищенные авторским правом произведения в иных формах. В большинстве случаев люди хотят прочесть книгу или посмотреть видеофильм только один раз. Но любители музыки слушают любимое произведение снова и снова, равно как и компьютерная программа используется сотни раз. Таким образом, прокат звукозаписи или компьютерной программы с большей вероятностью ведет к копированию произведения, нежели использование книги или фильма.

Из права отдавать произведения в прокат существуют важные исключения. Это право «не распространяется на те случаи использования компьютерных программ, когда программа сама по себе не является объектом проката». Это исключение позволяет осуществлять широкую практику проката компьютеров в деловых целях. Если взятый на прокат компьютер не оснащен базовыми программами, он становится бесполезным как процессинговая машина. В некоторых странах пираты, беря кассеты с фильмами на прокат, снимают с них копии, а затем продают их, демонстрируют и т.д. В других странах, например в США, где действуют суровые законы в отношении видеопиратства, прокат кассет редко ведет к этому явлению. Договор ВОИС по авторским правам содержит положение о том, что ограничения на право проката не применяются «в отношении кинематографических работ, если их передача в прокат не ведет к широкомасштабному копированию этих произведений, чем ущемляется материальный аспект исключительного права автора на воспроизведение».

Как отмечалось выше, прокат аудиозаписей почти неизбежно ведет к их копированию для создания домашних коллекций. В некоторых странах в практику введены сборы за прокат аудиозаписей, копировальной техники и пр. в качестве метода создания специальных компенсационных фондов для защиты от нарушения права интеллектуальной собственности. Соответствующие межгосударственные договоры позволяют этим странам поддерживать данную политику.

В российском авторском законе право проката особо не выделяется. Однако поскольку прокат произведения рассматривается как один из возможных способов его распространения, автор, безусловно, обладает монополией на сдачу произведения в прокат.

7. Право на публичное исполнение

Статья 11 Бернской конвенции следующим образом определяет право на публичное исполнение:

«(1) Авторы драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений пользуются исключительным правом разрешать:

i) публичное представление и исполнение своих произведений, включая публичное представление и исполнение, осуществляемые любыми средствами и способами;

ii) передачу любым способом постановок и исполнения произведений для всеобщего сведения;

iii) такие же права предоставляются авторам драматических или музыкально-драматических произведений в отношении переводов их произведений в течение всего срока действия их прав на оригинальное произведение».

Свое развитие это право получило в ст. 14 Бернской конвенции:

«(1) Авторы литературных и художественных произведений имеют исключительное право разрешать:

- i) кинематографическую переделку и воспроизведение своих произведений и распространение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений;
- ii) публичное представление и исполнение переделанных или воспроизведенных произведений и сообщение их по проводам для всеобщего сведения».

В Бернской конвенции не содержится определения термина «публичное представление». В национальном законодательстве термин «публичный», как правило, определяется как представление за рамками узкого круга лиц, такого, как семья и друзья. Поэтому просмотр видеокассеты с защищенным авторским правом фильмом в домашних условиях членами семьи и соседями, конечно, не является публичным показом. Но есть и сложные случаи, требующие особого рассмотрения. Например, пункт проката видеокассет имеет несколько маленьких просмотровых комнат на двух-трех человек с телевизором и видеомагнитофоном. Клиент может заплатить за прокат кассеты и комнату. Является ли просмотр фильма в таком случае публичным показом? Другой пример: в гостинице все номера оборудованы телевизорами и видеомагнитофонами и в ней есть свой пункт проката кассет. Осуществляет ли гостиница публичные показы?

Сложные вопросы возникают, когда речь идет о кафе, ресторанах, барах, имеющих радиоприемники и телевизоры для развлечения клиентов. Если эти места отнести к местам публичных показов, то их владельцы должны платить обладателям авторского права за передаваемый этими средствами связи материал. С другой стороны, кажется совсем уж неприемлемым требовать, например, чтобы сапожная мастерская, где только один мастер, получила разрешение на установку радио. Во Всемирную торговую организацию поступила жалоба Ирландии на Соединенные Штаты Америки¹⁹, поданная в связи с тем, что США не предоставляют адекватной защиты от публичных показов произведений в ресторанах и барах, потому что по американскому законодательству на небольшие и средние рестораны и бары не распространяется действие положений о публичных показах.

Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» закрепляет два близких, но не совпадающих друг с другом имущественных права автора — право на публичный показ и право на публичное исполнение. Первое из них реализуется в основном в отношении произведений изобразительного искусства, а второе — в отношении музыкальных, драматических, хореографических, литературных и некоторых других произведений.

Под *показом произведения* понимается демонстрация оригинала или экземпляра произведения непосредственно или на экране с помощью пленки, диапозитива, телевизионного кадра или иных технических средств, а также демонстрация отдельных кадров аудиовизуального произведения без соблюдения их последовательности. *Исполнением произведения* признано его представление посредством игры, декламации, пения, танца в живом исполнении или с помощью технических средств, а также показ кадров аудиовизуального произведения в их последовательности (с сопровождением или без сопровождения звуком). Как видим, основное различие между показом произведения и его исполнением состоит в том, что если в первом случае произведение или какая-то его часть просто демонстрируются публике, без совершения автором или иным лицом каких-либо активных действий, то во втором случае произведение доводится до зрителей и (или) слушателей путем активных действий, выражающихся в игре, пении, танце и т. п. Иными словами, при показе произведения осуществляется прямой контакт произведения со зрителем, при исполнении же данный контакт опосредуется деятельностью исполнителя.

В качестве иных различий рассматриваемых прав можно назвать следующие. Право на публичный показ может быть осуществлено лишь в отношении произведений, зафиксированных на каком-либо материальном носителе; исполняться же могут и такие произведения, которые выражены лишь в устной форме. Не совпадают и способы восприятия публикой публично демонстрируемых и исполняемых произведений. Если публичный показ предполагает только зрительное восприятие произведения, то публичное исполнение в зависимости от вида произведения может восприниматься как зрительно, так и на слух. В остальном признаки рассматриваемых прав совпадают, в связи с чем их дальнейший анализ будет вестись совместно.

Закрепляя за авторами право на публичный показ и право на публичное исполнение, российское авторское законодательство не связывает эти права с первым доведением произведения до сведения публики. Указанные права могут реализовываться как в отношении еще не обнародованных произведений, так и в отношении произведений, которые уже обнародованы, в том числе опубликованы. Иными словами, права на публичный показ и публичное исполнение могут быть осуществлены автором в любое время, а также повторно.

¹⁹ См страницу в Интернете <http://www.wto.com>

Далее, в соответствии с действующим законодательством публичный показ и публичное исполнение не предполагают обязательного непосредственного, «живого» контакта публики с произведением. Показ и публичное исполнение могут опосредоваться техническими средствами, с помощью которых расширяется зрительская аудитория. Благодаря этим техническим средствам публика может находиться не только в том месте, в котором произведение непосредственно демонстрируется или исполняется, но и за его пределами. Важно лишь, чтобы произведение воспринималось публикой одновременно с его сообщением. Примером служит прямая трансляция концерта на экране, установленном вне места его проведения.

Наконец, для обоих рассматриваемых прав характерен признак публичности. Публичный показ и публичное исполнение имеют место лишь тогда, когда показ или исполнение осуществляются в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи. Демонстрация произведения перед специалистами или его исполнение для избранного круга близких друзей не образуют публичного показа и публичного исполнения и соответственно не влекут предусмотренных законом правовых последствий.

8. Право на передачу в эфир

В ст. 11bis Бернской конвенции сформулировано требование к странам Союза об осуществлении права на передачу в эфир:

«(1) Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать:

i) передачу своих произведений в эфир или публичное сообщение этих произведений любым другим способом беспроволочной передачи знаков, звуков или изображений;

ii) всякое публичное сообщение, будь то по проводам или средствами беспроволочной связи, повторно передаваемого в эфир произведения, если такое сообщение осуществляется иной организацией, нежели первоначальная;

iii) публичное сообщение переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аппарата, передающего знаки, звуки или изображения».

Эти права являются несколько более ограниченными по сравнению с правом публичного показа. Часть вторая ст. 11bis гласит:

«Законодательством стран Союза могут быть определены условия осуществления прав, предусмотренных предшествующим пунктом; однако действие этих условий будет строго ограничено пределами стран, которые их установили. Эти условия ни в коем случае не могут ущемлять ни неимущественных прав автора, ни принадлежащего автору права на получение справедливого вознаграждения, устанавливаемого, при отсутствии соглашения, компетентным органом».

Часто у радиостанций есть разрешение автора только на передачу произведения в эфир. Но чтобы осуществить эту передачу станции может потребоваться временная ее запись. Например, у станции есть программа, которую лучше всего передавать поздно вечером, поэтому наиболее целесообразно бывает сделать запись передачи и потом передать ее в эфир. Такие записи принято называть краткосрочными (в отличие от постоянных). В законодательстве многих стран существует положение, по которому после передачи запись вскоре должна быть уничтожена. Однако в интересах истории создаются архивы радио и телевидения. В соответствии с ч. 3 ст. 11bis Бернской конвенции в виде исключения относительно имущественных прав автора допускается как краткосрочная, так и архивная запись произведения.

Передача произведения в эфир предполагает его доведение до сведения наиболее широкой аудитории, что, безусловно, затрагивает особый интерес автора, нуждающийся в правовой охране. Однако до недавнего времени советское авторское законодательство допускало свободное воспроизведение по радио и телевидению любых выпущенных в свет произведений, включая и их транслирование непосредственно из места их исполнения (п. 4 ст. 492 ГК РСФСР 1964 г.). Это исключение из сферы авторских прав в основном обосновывалось некоммерческим характером советских электронных средств массовой информации и просветительскими задачами. Справедливости ради необходимо сказать, что практически все специалисты по авторскому праву уже давно и настойчиво высказывались в пользу того, чтобы привести советское авторское законодательство в этой его части в соответствие с принятыми во всем цивилизованном мире нормами. Отмену свободного использования произведений по радио и телевидению декларировали уже Основы гражданского законодательства 1991 г. Но конкретным содержанием право на передачу в эфир наполнил лишь Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах».

Право на передачу в эфир как особое имущественное правомочие автора характеризуется

следующими основными особенностями. Прежде всего данному праву, как никакому другому, свойствен элемент публичности. Произведение доводится до всеобщего сведения посредством специальных радиосигналов (радиоволн), которые предназначены для приема самой широкой публикой. Аудитория еще более расширяется при передаче произведения в эфир через спутник. Под такой передачей понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых произведение доводится до всеобщего сведения. При этом во внимание принимается сама возможность восприятия произведения публикой, независимо от того, осуществляется ли она фактически.

Далее, передаваться в эфир могут как уже обнародованные, в том числе опубликованные произведения, так и произведения, еще не обнародованные (неопубликованные). Передачей в эфир признается и прямая трансляция произведения из места его показа или исполнения. Во всех этих случаях произведение доводится до более широкой, чем обычно, аудитории, в связи с чем и требуется согласие на это автора.

При передаче произведения в эфир оно становится доступным для слухового и (или) зрительского восприятия. Хотя для этого необходима специальная аппаратура, с помощью которой принимаются и преобразуются соответствующие сигналы, важно, что между передающей станцией и принимающей антенной нет никаких опосредующих звеньев в виде каких-либо материальных носителей. Если же слуховое или зрительское восприятие произведения обеспечивается той же аппаратурой с помощью особых материальных носителей — звуко- и видеокассет, пленок, лазерных дисков и т.п., то передачей в эфир это не является.

Наконец, понятие «передача в эфир» охватывает собой как первоначальное сообщение произведения публике посредством беспроводной связи, так и последующую передачу произведения в эфир. В последнем случае имеется в виду передача в эфир ранее переданных в эфир произведений, независимо от того, кем осуществляется это действие — самой организацией, первоначально передававшей произведение в эфир, или иной организацией.

К праву на передачу в эфир весьма близко примыкает *право автора сообщать произведение (включая показ, исполнение или передачу в эфир) для всеобщего сведения по кабелю, проводам или с помощью иных аналогичных средств*. Указанное право, которое в ранее действовавшем законодательстве специально не выделялось, в своих основных чертах совпадает с рассмотренным выше правом на передачу в эфир. Иным является лишь сам технический метод доведения произведения до сведения публики. Вместо передачи посредством радиоволн произведение передается с помощью сигналов, идущих по кабелю, проводам, оптическим волокнам или иным аналогичным средствам. Соответственно изменяется и состав потенциальных зрителей и (или) слушателей. Если при передаче произведения в эфир оно может восприниматься любыми лицами, обладающими приемниками соответствующей мощности и вида, то при передаче произведения по кабелю аудитория обычно ограничивается теми лицами, которые являются подписчиками соответствующих передающих телерадиоцентров. В связи со все более широким распространением данного вида использования произведений закрепление за авторами рассматриваемого права представляется вполне своевременным.

9. Право на иные формы публичной передачи

Сеть Интернет создала очень важные новые технические возможности коммуникации. Стало возможным, когда нужно, передавать тексты, звуковые и видеозаписи. Эти возможности несут в себе гораздо больше опасностей имущественным правам авторов, чем передача в эфир, поскольку являются прекрасным заменителем покупаемым для домашних коллекций записям. В Интернете сейчас происходят две радикальные перемены. Первая связана с увеличением скорости передачи информации на домашние компьютеры. Каждое новое поколение компьютеров является более мощным. В результате информация передается и обрабатывается быстрее. Эти изменения повысили и качественную сторону видео- и аудиоинформации. Высокие технологии позволяют не только эффективно передавать информацию, но и ужимать ее для сохранения в памяти компьютера. В связи с доступностью в сети Интернет авторских произведений, у пользователя снижается потребность в приобретении в магазинах книг, аудио- и видеокассет. Когда надо, владелец компьютера может читать, слушать и просматривать произведения на экране. Более того, он может осуществлять их запись на портативные плееры и носить их с собой. Эти достижения техники привели к включению в ст. 8 Договора ВОИС по авторским правам нового права на иные формы публичной передачи:

«Не отвергая действия положений статей 11(1)(ii), 11bis(1) (i) и (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14bis(1) Бернской конвенции, авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать любую публичную передачу своих произведений по проводам

или средствами беспроводной связи, включая публичную передачу произведений такими средствами, которые дают возможность доступа к ним граждан в любое время и в любом месте по индивидуальному выбору».

а. Технологические средства

Весьма вероятно, что в будущем компьютерные программы и звукозаписи будут во все большей степени распространяться через Интернет. Три достижения последнего времени делают это возможным. Одно из них связано с созданием высокотехнологичных способов сжатия информации, что делает возможным передачу меньших объемов информации с более высокой скоростью. Второе достижение связано с введением скоростных линий связи с домашними компьютерами. И третье состоит в создании недорогих средств хранения больших объемов компьютерных данных. Поэтому возможность продажи через Интернет записей музыкальных произведений и компьютерных программ уже на пороге. Звукозаписывающие компании осознают реальность наступления этой ситуации и их волнует вопрос охраны их права интеллектуальной собственности, поскольку есть опасность того, что с той же легкостью, с какой продавцы будут поставлять товары покупателям в сети Интернет, пираты будут распространять и свою продукцию.

Компьютерные компании и компании звукозаписи, конечно, будут стремиться не упустить преимуществ сети Интернет и избежать угрозы пиратства. Сделать это они надеются, используя высокие технологии, которые будут, например, идентифицировать конкретные характеристики компьютера, принявшего запись, и сделают невозможной ее перезапись на другой компьютер. В ст. И Договора ВОИС по авторским правам говорится, что: «Договаривающиеся Стороны должны обеспечить адекватную правовую защиту и принять эффективные правовые меры против незаконного использования технологических средств, с помощью которых авторы осуществляют свои права, предоставленные им Бернской конвенцией, а также меры, ограничивающие те действия по отношению к их произведениям, которые осуществляются без согласия автора и в противоречии с законом».

Сходное содержание имеет и ст. 18 Договора ВОИС об использовании фонограмм. Меры, предусматриваемые этой статьей, идут дальше того объема охраны, который предоставляется в договоре по авторскому праву. Так, например, покупатель музыкального компакт-диска может его слушать не обязательно на своем проигрывателе. Продавец компьютерной программы через Интернет может полагаться не только на охрану авторским правом, но и на договор купли-продажи, осуществленный через Интернет, в котором есть пункт о том, что проданная программа устанавливается конкретно и исключительно на данный компьютер. После этого переписывание программы на другой компьютер будет незаконным, поскольку будет нарушать условия договора. В разных странах ведутся дискуссии относительно цитируемой выше статьи Договора ВОИС по авторским правам. Компьютерные компании и студии звукозаписи лоббируют принятие законов, запрещающих любое незаконное использование технологических средств. В тоже время есть другая точка зрения на этот вопрос, согласно которой не следует запрещать действия в обход охранительных технологий в любых целях, кроме тех, что нарушают авторские права, т.е. подразумевается своеобразное свободное использование авторских произведений.

б. Управление правами

Экономическая теория использования исключительных прав предполагает, что монопольный производитель продукта может максимизировать прибыль путем деления рынка на сегменты и устанавливая максимально выгодную цену в каждом из них. Используя исключительные права авторов, звукозаписывающие компании также хотели бы делить рынки. К сожалению, этого нельзя достичь путем продажи обычных записей в магазинах. В музыкальном магазине устанавливается определенная цена на товар, одинаковая для любых покупателей. Нельзя просить заплатить больше богатого клиента или того, кто хочет слушать запись непрерывно. Вместе с тем при помощи электронных средств продажи товаров станет вполне возможным использовать демографические данные, определять экономический статус покупателя и кодировать продаваемую через электронную систему запись таким образом, что она может быть воспроизведена определенное количество раз, после чего для ее перекодирования нужно будет внести дополнительную плату. Таким образом, электронная «информация об управлении правами» будет огромной помощью звукозаписывающим компаниям и при разделе рынка на сегменты, и в получении максимальной прибыли. «Управление правами» также будет помогать и в деле отслеживания пиратов. Статья 12 Договора ВОИС по авторским правам и ст. 19 Договора ВОИС об использовании фонограмм содержат положение о противоправности манипуляций с информацией об управлении правами.

Помимо рассмотренных выше прав авторы обладают и иными правами, связанными с использованием их произведений. Некоторые из этих прав непосредственно указаны в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах», другие хотя прямо и не названы, но следуют из него, так как Закон исходит из принципа, что автору принадлежат исключительные права на использование произведения в любой форме и любым способом.

Применительно к использованию произведений архитектуры, градостроительства, садово-паркового искусства и дизайна закон особо выделяет имущественное *право авторов на практическую реализацию соответствующих проектов*. Его сущность заключается в том, что всякое практическое воплощение в жизнь произведений архитектурной графики и пластики (эскизов, чертежей, планов, рисунков, макетов и т.п.) может осуществляться только с согласия их авторов. В принципе рассматриваемое право является разновидностью права на воспроизведение, поскольку полностью подпадает под его признаки. В результате практической реализации проекта меняется лишь тот материальный носитель, в котором воплощено произведение архитектуры, градостроительства, садово-паркового искусства или дизайна.

К правомочиям автора принятого архитектурного проекта отнесена также *возможность участия в реализации своего проекта при разработке документации на строительство*. Возникающие при этом отношения регулируются Законом РФ от 17 ноября 1995 г. «Об архитектурной деятельности в РФ». В указанном Законе подчеркивается, что заказчик и подрядчик, реализующие архитектурный проект, должны привлекать архитектора — автора проекта к участию в разработке проектной документации на строительство, а также к авторскому надзору за строительством. Последний осуществляется на основании особого гражданско-правового договора, который заключается между заказчиком и разработчиком проекта.

Авторы произведений изобразительного искусства обладают особым *правом следования*. Сущность данного права состоит в том, что в каждом случае публичной перепродажи произведения изобразительного искусства по цене, превышающей предыдущую не менее чем на 20%, автор имеет право на получение от продавца вознаграждения в размере 5% от перепродажной цены (п. 2 ст. 17 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Основной целью этого права является защита имущественных интересов художников и авторов других произведений изобразительного искусства, которые зачастую, особенно в начале творческого пути, продают свои произведения различного рода перекупщикам по цене, значительно ниже их реальной стоимости. Право на получение части прибыли, выручаемой от перепродажи произведения при переходе его от одного владельца к другому, в известной мере компенсирует ту несправедливость, которая была допущена по отношению к автору вначале.

К числу имущественных прав авторов ранее действовавшее законодательство и наука традиционно относили *право на вознаграждение за использование произведения*. Новое авторское законодательство, безусловно, также признает за авторами указанное право, хотя в общем перечне авторских правомочий оно прямо не названо. Объясняется это тем, что закон исходит из того, что автор вправе требовать выплаты ему вознаграждения за использование произведения в любой форме и любым способом. Иными словами, предполагается, что каждое из уже рассмотренных правомочий неразрывно связано с правом автора на получение вознаграждения.

В отличие от других прав автора данное право носит не абсолютный, а относительный характер, т.е. действует по отношению к тем лицам, которые используют или собираются использовать произведение. В состав права на вознаграждение входят не только «голое» право требовать соответствующих выплат, но и возможность оговорить размер, порядок, срок и другие условия получения вознаграждения. Все эти вопросы решаются в авторских договорах, на основе которых и осуществляется использование произведений.

Вместе с тем закон выделяет несколько случаев, когда права авторов на получение вознаграждения лежат за пределами авторского договора. Во-первых, правом на получение специального вознаграждения обладают авторы служебных произведений. Как уже указывалось, исключительные права на использование служебных произведений принадлежат лицам, с которыми авторы состоят в трудовых отношениях (т.е. работодателям), если только в договорах между ними и авторами не предусмотрено иное. Но по смыслу ст. 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» создатели служебных произведений, по общему правилу, могут претендовать на получение особого вознаграждения, если только из их договоров с работодателями не вытекает иное.

Во-вторых, вне авторского договора реализуется право на вознаграждение и тех авторов, которые передали свои полномочия на использование произведений организациям, управляющим имущественными правами на коллективной основе. Такие организации сами согласовывают с пользователями размер вознаграждения, осуществляют его сбор и распределяют его между обладателями авторских прав пропорционально объему фактического использования произведений.

В-третьих, особый случай выплаты авторского вознаграждения предусматривает ст. 26

Закона об авторском праве, посвященная воспроизведению аудиовизуальных произведений и звукозаписей в личных целях. Распространение современной звуко- и видеозаписывающей аппаратуры создало возможности для простого и дешевого воспроизведения выпущенных в свет произведений. В условиях, когда осуществление надлежащего контроля за этим процессом практически невозможно, Россия вслед за другими странами ввела в свое законодательство правило, разрешающее воспроизведение аудиовизуальных произведений и звукозаписей в личных целях, но с обязательной выплатой вознаграждения авторам, исполнителям и производителям фонограмм. Поскольку же какой-либо индивидуальный контроль в этой сфере невозможен, установлено, что вознаграждение за такое воспроизведение выплачивается изготовителями и импортерами оборудования (аудио- и видеомагнитофонов и т.п.) и материальных носителей (звуко- и видеопленок, компакт-дисков и т.п.), которые используются для такого воспроизведения.

Размер вознаграждения и условия его выплаты определяются соглашениями между указанными изготовителями и импортерами, с одной стороны, и организациями, управляющими имущественными правами обладателей авторских и смежных прав на коллективной основе, — с другой. В свою очередь, изготовители оборудования и материальных носителей включают выплачиваемое ими вознаграждение в себестоимость выпускаемой ими продукции, что означает повышение ее цены для конкретных потребителей.

В-четвертых, закон предусматривает выплату специального вознаграждения автору музыкального произведения (с текстом или без текста) за публичное исполнение его произведения при публичном исполнении аудиовизуального произведения (п. 3 ст. 13 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Данное право предоставляется лишь тем композиторам, которые создали музыкальное произведение специально для аудиовизуального произведения (например, кинофильма), и сущность его сводится к тому, что наряду с тем вознаграждением, которое они получают как создатели аудиовизуального произведения, им причитается особое вознаграждение за каждое исполнение их музыкальных произведений при демонстрации кинофильма или фрагментов из него.

Что касается новых возможностей использования охраняемых авторским правом произведений, которые дают современные высокие технологии, то главной нерешенной проблемой остается вопрос обеспечения контроля за использованием. Решение вопроса в законодательном плане обеспечивается принципом признания за автором исключительного права на использование произведения в любой форме и любым способом.

И. Ограничение имущественных прав авторов

Имущественные права авторов имеют ряд серьезных ограничений. Эти ограничения нацелены на установление баланса между интересами общества и интересами автора. В ст. 13 Соглашения ТРИПС делается попытка поставить преграды в ограничении исключительных прав: «Страны-участницы должны свести ограничения или исключения из разряда исключительных прав к определенным случаям, которые не вступают в противоречие с нормальным использованием произведения и не нарушают законных интересов правообладателя».

Ограничения авторских прав известны законодательству всех государств и прямо допускаются международными конвенциями по авторскому праву. Особенностью советского авторского законодательства было то, что закрепленные им изъятия из сферы авторского права превышали все допустимые в цивилизованном обществе пределы. В частности, допускалась свободная переработка произведений; воспроизведение любых выпущенных в свет произведений в кино, на радио и на телевидении; воспроизведение любых материалов газетами и т.п. Наличие этих и некоторых других изъятий из сферы авторско-правовой охраны объяснялось различными причинами, но суть в конечном счете сводилась к оправданию их существования ссылками на особую социалистическую природу отношений автора и общества.

Ныне действующее законодательство вводит случаи свободного использования произведений в цивилизованные рамки, согласующиеся с международными стандартами.

Во-первых, изъятия из правил охраны касаются лишь правомерно обнародованных произведений. Если автор еще не сделал свое произведение доступным для всеобщего сведения или если это произошло без его согласия, оно может использоваться только с разрешения автора.

Во-вторых, изъятия из авторского права не затрагивают личных неимущественных правомочий авторов. Иными словами, при любом использовании произведений их создателям гарантируется охрана права авторства, права на имя и права на защиту репутации автора.

В-третьих, свободное использование произведений допускается лишь при условии, что этим не наносится ущерб их нормальному использованию и не ущемляются законные интересы авторов. При установлении конкретных изъятий из авторского права подчеркивается, что использование

произведения возможно лишь в том объеме, который оправдан целью данного изъятия.

В-четвертых, установленные законом ограничения авторских прав носят исчерпывающий характер и не подлежат ни расширительному толкованию, ни дополнению подзаконными актами или судебной практикой.

1. Исчерпание прав или «право первой продажи»

Правообладатель произведения может решить передать право собственности на оригинал или копии своей работы любому лицу. Такая возможность предоставляется, как уже говорилось выше, ст. 6(1) Договора ВОИС по авторским правам и ст. 12 (1) Договора ВОИС об использовании фонограмм. Однако если происходит уступка права собственности на оригинал произведения, по законодательству многих стран собственник также теряет право вмешиваться в дальнейшем в новые формы передачи прав на это произведение. Этот правовой принцип известен под названием «исчерпание прав» или «право первой продажи». Такое ограничение прав правообладателя четко сформулировано в ст. 6(2) Договора ВОИС об авторских правах:

«Ничто в данном Договоре не должно влиять на свободу стран-участниц в определении условий (если таковые имеются), в соответствии с которыми исчерпание прав, как это указано в параграфе (1), имеет место после первой продажи или передачи прав на оригинал произведения с согласия автора».

Это означает, например, что некий издатель, который обладает правами на книгу, которую он издал, не может воспользоваться авторским правом для того, чтобы контролировать цены, установленные на книгу в магазинах. Он может договориться о продажной цене с отдельными продавцами, но не со всеми, поскольку такой договор может вступить в противоречие с антимонопольным законодательством. Но если книготорговец, в нарушение условий договора, продаст излишек имеющегося у него тиража книги другому торговцу, который ничего не знает о ценовом договоре, он считается не связанным его условиями. Доктрина исчерпания прав также означает, что издатель, продающий новые книги, например учебники для студентов, не может предупредить появление в этом сегменте рынка подержанных учебников, что повлияет на объемы продаж новых книг.

Сложные проблемы возникают, когда защищенные авторским правом книги продаются на международном рынке. По законодательству некоторых стран принцип исчерпания права контроля продаж применяется только к случаям, когда книга была издана и/или продавалась в одной и той же стране. Экономическая теория исходит из того, что монополист получает более высокую прибыль, когда делит рынки на сегменты и устанавливает оптимальные цены для каждого из них. Поэтому многонациональные издательские корпорации могут, исходя из условий рынка, продавать книгу в стране А по меньшей цене, чем в стране Б. Если условия печатания и продажа книги в стране А не будут исчерпывать права контроля над перепродажей книги в стране Б по ее законодательству, издатель страны А может предотвратить продажу в ней книг, напечатанных в стране Б. Чтобы ограничить такого рода использование исключительных прав, Европейский Суд дал толкование положений об исчерпании прав как положений, имеющих международный характер. Таким образом, если издатель продает книгу в Нидерландах, это никак не может повлиять на ее импорт в Бельгию. Вместе с тем за пределами Европейского союза многие страны не применяют правило об исчерпании прав к продажам за пределами своих границ.

Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» подчеркивает, что если экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот посредством их продажи, то допускается их дальнейшее распространение без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения (п. 3 ст. 16). Иными словами, согласие автора требуется лишь на первую продажу экземпляров произведения; в последующем же они циркулируют в гражданском обороте свободно, не нарушая авторских прав. Данное правило выражает широко известный принцип, который в патентном праве именуется *принципом исчерпания прав*. Собственник экземпляра произведения может свободно продать его, обменять, подарить, передать во временное безвозмездное пользование и т.п. Однако закон запрещает ему без согласия автора распространять произведение путем сдачи его в прокат, так как данное право по прямому указанию закона сохраняется за автором, независимо от права собственности на экземпляры произведения.

2. Свободное использование

Статьями 2bis и 10bis Бернской конвенции вводятся определенные изъятия из исключительных прав правообладателя. Их часто определяют понятием «свободное использование» произведений. Возможными причинами в формировании политики создания исключений могут быть: 1) малая ценность конкретного произведения, об использовании которого идет речь, и высокая стоимость процесса получения разрешения на использование или 2) благосклонность

общественного мнения в отношении использования какого-то произведения, невзирая на имущественные интересы правообладателя. Ярким примером, подтверждающим оба эти положения, является перевод нужного учебника на язык азбуки Брейля для преподавания слепым студентам. Бернская конвенция предусматривает целый ряд типичных видов свободного использования. В ст. 2bis Конвенции говорится:

«За законодательством стран Союза сохраняются также право установить условия, на которых лекции, обращения и другие, публично произнесенные произведения того же рода могут воспроизводиться в прессе, передаваться в эфир, сообщаться для всеобщего сведения по проводам и составлять предмет публичных сообщений, предусмотренных в ст. 11bis (1) настоящей Конвенции, когда такое использование оправдывается информационной целью».

В ст. 9(2) Конвенции говорится:

«За законодательством стран Союза сохраняется право разрешать воспроизведение таких произведений в определенных особых случаях при условии, что такое воспроизведение не наносит ущерба нормальной эксплуатации произведения и не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора».

Статья 10 Конвенции гласит:

«(1) Допускаются цитаты из произведения, которое было уже правомерно сделано доступным для всеобщего сведения, при условии соблюдения добрых обычаев и в объеме, оправданном поставленной целью, включая цитирование статей из газет и журналов в форме обзоров печати.

(2) Законодательством стран Союза и специальными соглашениями, которые заключены или будут заключены между нами, может быть разрешено использование литературных или художественных произведений в объеме, оправданном поставленной целью, в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телевизионных передачах и записях звука или изображения учебного характера, при условии, что такое использование осуществляется при соблюдении добрых обычаев.

(3) При использовании произведений в соответствии с предшествующими пунктами настоящей статьи указывается источник и имя автора, если оно обозначено на том источнике».

Статья 10bis гласит, что:

«(1) За законодательством стран Союза сохраняется право разрешать воспроизведение в прессе, передачу в эфир или сообщение по проводам для всеобщего сведения опубликованных в газетах или журналах статей по текущим экономическим, политическим и религиозным вопросам или переданных в эфир произведений такого же характера в случаях, когда право на такое воспроизведение, передачу в эфир или сообщение по проводам не было специально оговорено. Однако источник всегда должен быть ясно указан; правовые последствия неисполнения этого обязательства определяются законодательством страны, в которой истребуется охрана.

(2) За законодательством стран Союза сохраняется также право определять условия, на которых литературные и художественные произведения, показанные или оглашенные в ходе текущих событий, могут быть в объеме, оправданном поставленной информационной целью, воспроизведены или сделаны доступными для всеобщего сведения».

Эти положения следует расценивать в свете ст. 13 Соглашения ТРИПС, в которой говорится, что «страны-участницы должны свести ограничения или исключения из разряда исключительных прав к определенным случаям, которые не вступают в противоречие с нормальным использованием произведения и не нарушают законных интересов правообладателя». Таким образом, эта статья ограничивает возможности стран—участниц Соглашения полностью использовать полный набор исключений и ограничений, предусмотренных Бернской конвенцией. На самом деле в большинстве стран никогда не применялся в полном объеме весь этот перечень ограничений и исключений. В будущем допустимое количество ограничений и исключений будет представлено на рассмотрение Всемирной торговой организации и принято путем использования действующих в ВТО процедур.

Допускаемые российским авторским законом изъятия из сферы авторских прав можно объединить в пять относительно самостоятельных групп, которые включают близкие по целям случаи свободного использования.

Первую из них образуют те виды свободного использования произведений, объединяющим признаком которых является *необходимость обеспечения доступа к произведениям в целях свободного распространения информации*. Сюда относятся: цитирование отрывков из произведений с научной, полемической, критической или информационной целью в объеме, оправданном целью цитирования (п. 1 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); использование произведений или отрывков из них в качестве иллюстраций в изданиях, в радио- и телепередачах учебного характера (п. 2 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); воспроизведение в газетах, передача в эфир или по кабелю опубликованных в газетах и журналах статей по текущим экономическим, политическим, социальным и религиозным вопросам, когда

такое воспроизведение, передача в эфир или по кабелю не были специально запрещены автором (п. 3 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); то же самое касается публично произнесенных политических речей, обращений, докладов и т.п. в объеме, оправданном информационными задачами (п. 4 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); воспроизведение произведений в обзорах текущих событий средствами фотографии, путем передачи в эфир и т.п., если произведения становятся увиденными или услышанными в ходе освещения таких событий (например, в ходе репортажа об открывшейся выставке или состоявшемся концерте) (п. 5 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); воспроизведение, передача в эфир или по кабелю произведений архитектуры, изобразительного искусства, фотографии, которые постоянно расположены в местах, открытых для свободного посещения (например, запечатление в кадрах фильма, эпизоды которого сняты на улицах города, охраняемого архитектурного произведения) (ст. 21 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Вторую группу изъятий из сферы авторского права составляют случаи *свободного репродуцирования опубликованных произведений в единичных экземплярах без извлечения прибыли* (ст. 20 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Это разрешается делать библиотекам и архивам для восполнения, замены утраченных и испорченных экземпляров, а также предоставления экземпляров произведения другим библиотекам, утратившим по каким-либо причинам произведения из своих фондов. Далее, те же библиотеки и архивы могут репродуцировать отдельные статьи и малообъемные произведения, которые опубликованы в сборниках, газетах и других периодических изданиях, а также короткие отрывки из письменных произведений, если это делается по запросам физических лиц в учебных и исследовательских целях. Наконец, образовательные учреждения для проведения аудиторных занятий могут репродуцировать отдельные статьи и малообъемные произведения, опубликованные в сборниках и периодических изданиях, а также короткие отрывки из письменных произведений.

Третья группа случаев свободного использования произведений включает *публичное исполнение музыкальных произведений, во время официальных и религиозных церемоний, а также похорон в объеме, оправданном характером таких церемоний*. Кроме того, допускается *воспроизведение произведений для судебного производства в объеме, оправданном этой целью* (ст. 22, 23 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Четвертая группа изъятий из сферы авторского права касается *некоторых случаев использования программ для ЭВМ и баз данных, а также производства записей краткосрочного использования, осуществляемых организациями эфирного вещания*. В частности, пользователь программы для ЭВМ или базы данных может осуществлять их «адаптацию», т.е. вносить в них изменения в целях обеспечения функционирования программы или базы данных на конкретных технических средствах пользователя. Указанные действия должны быть обусловлены исключительно техническими причинами. Далее, Закон допускает изготовление копии программы для ЭВМ или базы данных для архивных целей или для замены правомерно приобретенного экземпляра в случае его утраты или уничтожения. Что касается организаций эфирного вещания, то им разрешается делать запись краткосрочного пользования того произведения, в отношении которого организация получила право на передачу его в эфир. Производство такой записи рассматривается как чисто технический прием, с одной стороны, обеспечивающий сохранность произведения, а с другой — облегчающий органам эфирного вещания составление графика своих передач.

Наконец, пятую группу случаев свободного использования произведений образует их *использование исключительно в личных целях*. Строго говоря, в данном случае вообще нет использования произведения в том смысле, какой в него вкладывается законодательством, т.е. использование в виде промысла. Читая приобретенную книгу, слушая грамзапись или делая для себя перевод чужого произведения, лицо не использует произведение, а удовлетворяет с его помощью свои потребности. Такое «использование» невозможно ни проконтролировать, ни как-либо регламентировать. Вместе с тем по прямому указанию Закона даже в личных целях могут использоваться только с согласия автора произведения архитектуры в форме строительства зданий и сооружений, базы данных и программы для ЭВМ (кроме указанных выше случаев) и книги (нотные записи) в полном объеме путем репродуцирования.

3. Обязательное оформление разрешений на использование авторских произведений (принудительное лицензирование)

а. Музыкальные произведения

В статье 13(1) Бернской конвенции содержится важное исключение из принципов,

сформулированных в ст. 11:

«Каждая страна Союза может установить для себя оговорки и условия, относительно исключительного права, предоставляемого автору музыкального произведения и автору любого текста, уже разрешившему его запись вместе с музыкальным произведением, разрешать звуковую запись музыкального произведения вместе с таким текстом, если таковой имеется; однако все такие оговорки и условия применяются только в странах, которые их установили, и ни в коем случае не могут ущемлять права, принадлежащие этим авторам, на получение справедливого вознаграждения, которое при отсутствии соглашения устанавливается компетентным органом»

Невозможно найти нормального экономического обоснования для этого исключения: нет причины, по которой рынок не должен определять, запись каких музыкальных произведений ему нужна. Но есть хорошее историческое объяснение. В Соединенных Штатах и в некоторых других странах издавна существовала система принудительного лицензирования права производить записи музыкальных произведений и сопровождающих их слов. Поскольку внутренняя политика в этих странах затрудняет или делает невозможной отмену этой системы, соответствующие положения были введены в Бернскую конвенцию с тем, чтобы открыть для них возможность присоединиться к Конвенции. В соответствии со ст. 14 (3) Конвенции страны-участницы могут не применять положения о неприменении принудительных лицензий в отношении музыкальных произведений, используемых в кинофильмах.

б. Переводы

Как упоминалось выше, в соответствии с Приложением II к Бернской конвенции развивающимся странам разрешается в редких ситуациях прибегать к использованию института принудительного лицензирования для осуществления переводов.

4. Ограничение права на репродуцирование

Вопросом, вызывающим наибольшее количество противоречивых мнений, является вопрос о репродуцировании произведений через Интернет. При обычном использовании Интернета размещенная там информация копируется десятки раз. Интернет-провайдеры оставляют на дисках свободное место, которое может использоваться подписчиками (пользователями) для передачи информации. Когда эта информация проходит через Интернет, она последовательно размещается в различных промежуточных портах компаний, осуществляющих ее последующую передачу. Каждая такая передача информации означает ее репродуцирование. Именно здесь возникает неясность относительно того, является ли правомерной передача информации, защищенной авторским правом. Очевидно, что передающий информацию пользователь может быть привлечен к ответственности за нарушение авторских прав ее обладателя. Но вот привлечение к ответственности Интернет-провайдеров и коммуникационных компаний может обрушить всю сеть, поскольку передающие информацию инстанции практически никак не могут контролировать передаваемые ими материалы.

В настоящее время, кажется, найдено компромиссное решение проблемы и на международном, и на национальном уровне. Коммуникационные компании хотят получить иммунитет в отношении процесса рутинного репродуцирования материалов. Интернет-провайдеры готовы нести ограниченную ответственность. Данная позиция нашла отражение в законе, принятом в 1998 г. в Соединенных Штатах, который, вероятно, сможет послужить моделью решения проблемы в мировом масштабе. По этой модели достигается компромисс, в рамках которого коммуникационные компании приобретают полный иммунитет от ответственности за репродуцирование материалов в ходе обычной работы. Интернет-провайдеры становятся ограниченно ответственными, это означает, что они должны незамедлительно убирать из сети материалы, если получают уведомление правообладателя о нарушении его прав. При этом они не подлежат ответственности за незаконное репродуцирование до получения такого уведомления и не отвечают за ущерб, причиненный пользователю, если окажется, что претензия на авторское право окажется ложной

К. Неотъемлемые авторские права

1. Неимущественные права

Статьей 6bis Бернской конвенции провозглашена охрана неимущественных прав автора:

«(1) Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав он имеет право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому

искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

(2) Права, признанные за автором на основании предшествующего пункта, сохраняют силу после его смерти, по крайней мере, до прекращения имущественных прав и осуществления лицами и/или учреждениями, уполномоченными на это законодательством страны, в которой истребуется охрана. Однако страны, законодательство которых в момент ратификации настоящего Акта или присоединения к нему не содержит положений, обеспечивающих охрану после смерти автора всех прав, перечисленных в предшествующем пункте, могут предусмотреть, что некоторые из этих прав не сохраняют силы после смерти автора.

(3) Средства защиты для обеспечения прав, предоставляемых настоящей статьёй, регулируются законодательством страны, в которой истребуется охрана».

Законодательство многих стран регулирует вопрос о неимущественных правах в точном соответствии с данной статьёй Бернской конвенции. Общим для всех становится положение о том, что автор произведения получает все неимущественные права на него и эти права являются неотъемлемыми, т.е. они не могут быть переданы или отторгнуты. Соглашение ТРИПС требует от стран-участниц соблюдения принципов Бернской конвенции, регулирующих неимущественные права, как условия для членства в ВТО. В некоторых странах существует весьма узкий подход к вопросу о неимущественных правах. Типичным примером могут послужить США, где подлежащий охране объем этих прав очень ограничен и где действует положение о том, что, хотя правообладатели неимущественных прав не могут их передавать, они вполне могут на совершенно законных основаниях согласиться их не отстаивать.

Крупные многонациональные корпорации, которые выступают за усиление охраны имущественных прав правообладателей, не особенно интересуются вопросом о неимущественных правах авторов. Более того, они хотели бы свести эти права к минимуму тем самым увеличив своиСВОИ возможности вносить изменения в защищенные авторским правом произведения, идя навстречу потребностям рынка. Поэтому неудивительно, что в ст. 9(1) Соглашения ТРИПС вошло следующее положение:

«Страны-участницы должны выполнять положения статей 1—21 Бернской конвенции и приложений к ней. Вместе с тем в соответствии с настоящим Соглашением у них нет прав и обязанностей, связанных со сформулированными в ст. 6bis Конвенции неимущественными и вытекающими из них правами».

Степень принуждения к исполнению неимущественных прав варьируется от страны к стране. Сами неимущественные права могут быть включены в тексты законов об авторском праве или в тексты законов, регулирующих вопросы недобросовестной коммерческой практики. Так же неодинаково регулируется и вопрос о том, может ли автор навсегда отказаться от неимущественных прав. Особую проблему представляют собой неимущественные права в отношении кинематографических произведений. Очень часто эти произведения дублируются на другие языки, переделываются под телевизионный формат, подвергаются купюрам по моральным основаниям и т.д. Кинокомпании с тревогой относятся к возможности предъявления исков о нарушении неимущественных прав со стороны авторов фильма. В частности, голливудские студии выступают за то, чтобы неимущественные права принадлежали не участникам создания фильма, а киностудии как таковой. Понимая, что это почти недостижимо, студии готовы снизить уровень притязаний и хотели бы, по крайней мере, добиться положения, при котором неимущественные права авторов фильма определялись бы законодательством той страны, где сделан фильм. По законодательству США автором фильма определяется работодатель. Поэтому, в частности, в Голливуде так не нравится ст. 14bis Бернской конвенции, в соответствии с которой «определение лиц-владельцев авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется охрана». Дальнейшее содержание статьи лишь частично разрешает проблему голливудских студий. В п. (б) этой статьи говорится:

«Однако, в странах Союза, законодательство которых включает в число владельцев авторского права на кинематографическое произведение авторов, внесших вклад в его создание, эти авторы, если они обязались внести такой вклад, не вправе при отсутствии любого противоположного или особого условия, противиться воспроизведению, распространению, публичному представлению и исполнению, сообщению по проводам для всеобщего сведения, передаче в эфир или любому другому публичному сообщению произведения, а также субтитрованию и дублированию его текста».

Этим положением разрешаются не все аспекты «голливудской проблемы», поскольку в статье

не говорится о переиздании произведения и об изменении его формата.

В российском авторском праве категории личных неимущественных прав авторов всегда придавалось большое значение. Указанные права считаются неотторжимыми от личности создателя творческого произведения, от них нельзя отказаться или передать другим лицам, они охраняются бессрочно и т.д. В соответствии со ст. 15 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» к личным неимущественным правам авторов относятся право авторства, право на имя, право на обнародование произведения, включающее право на его отзыв, а также право на защиту репутации автора.

Право авторства обычно определяется как *юридически обеспеченная возможность лица считаться автором произведения и вытекающая отсюда возможность требовать признания данного факта от других лиц*. Выделение права авторства как особого субъективного права обусловлено необходимостью индивидуализации результатов творческого труда и общественного признания связи этих результатов с деятельностью конкретных авторов.

Право авторства характеризуется следующими чертами:

а) оно неотделимо от личности автора: принадлежит только создателю произведения, неотчуждаемо, от него нельзя отказаться;

б) оно является правом абсолютным, так как ему корреспондируют обязанности всех и каждого воздерживаться от нарушения данного правомочия;

в) оно действует в течение всей жизни автора и прекращается с его смертью. В дальнейшем оно существует как юридический факт, с которым все должны считаться. После смерти автора авторство признается и охраняется законом, но уже не как субъективное право (ибо субъекта права больше нет), а как общественный интерес, нуждающийся в признании и защите;

г) наконец, следует указать на то, что право авторства имеет определяющее значение для других прав автора, так как остальные права производны от него.

С правом авторства тесно связано *право на авторское имя*. В соответствии с данным правом автор *может использовать или разрешать использовать произведение под своим подлинным именем, под условным именем (псевдонимом) или без обозначения имени (анонимно)*. Выбирая один из этих способов обозначения своего авторства, автор реализует право на имя. Он также имеет право требовать указания своего имени каждый раз при создании, публичном исполнении, передаче произведения в эфир, цитировании и ином использовании произведения. Наконец, право на имя включает возможность требовать, чтобы имя автора (псевдоним) не искажалось при его упоминании лицами, использующими произведение.

С момента создания произведения за его автором закрепляется *право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посяательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора*. В ранее действовавшем законодательстве подобное право именовалось правом на неприкосновенность произведения. Новое его название — «*право на защиту репутации автора*» — на первый взгляд звучит непривычно и непонятно, однако более точно отражает суть рассматриваемого права. Кроме того, оно совпадает с наименованием, которое используется в Бернской конвенции, а также в законодательстве многих западноевропейских стран.

Содержание данного права состоит в том, что *при издании, публичном исполнении или ином использовании произведения воспрещается без согласия автора вносить какие-либо изменения как в само произведение, так и в его название*. Воспрещается также без согласия автора снабжать произведение при его использовании иллюстрациями, предисловиями, послесловиями, комментариями и какими-либо другими пояснениями.

Право на защиту репутации автора, как и всякое субъективное право, имеет свои пределы. Закон предусматривает отдельные случаи, когда нарушение целостности произведения не расценивается как покушение на его неприкосновенность. Например, допускается цитирование отрывков из произведения в научных, полемических и информационных целях. Автор не может, ссылаясь на принадлежащее ему право на защиту репутации, воспрепятствовать созданию другими лицами соответствующих пародий и стилизаций, а также преградить дорогу критикам и комментаторам.

Следующим личным неимущественным правом автора является *право на обнародование произведения и на его отзыв*. Сущность данного права можно определить как *юридически обеспеченную автору возможность публичной огласки созданного им произведения*. При этом автор одновременно решает два вопроса. Во-первых, он сам определяет, готово ли его произведение для доведения до неопределенного круга лиц. Во-вторых, автор решает вопрос о времени, месте и способе обнародования. Например, автор литературного произведения может обнародовать его путем опубликования, публичного исполнения, передачи в эфир и т.п.

Право на обнародование выражает особый охраняемый законом интерес автора и потому является самостоятельным субъективным правом автора. Это обстоятельство необходимо

подчеркнуть специально, так как данное право всегда реализуется одновременно с каким-либо другим правом автора. В самом деле, обнародовать произведение, т.е. сделать его впервые доступным для всеобщего сведения, нельзя, не реализовав какое-либо другое право автора, например, право на опубликование, на публичный показ, на передачу в эфир и т.п.

С правом на обнародование неразрывно связано *право на отзыв произведения*. Закон предоставляет автору возможность отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения либо, если произведение уже было обнародовано, он может дезавуировать действия по его доведению до всеобщего сведения, публично оповестив об отзыве произведения.

В качестве единственного условия реализации данного права закон устанавливает возмещение пользователю причиненных таким решением убытков, включая упущенную выгоду. Ранее изготовленные экземпляры произведения также изымаются из обращения за счет самого автора.

Причины, по которым автор аннулирует свое согласие на обнародование произведения или отзывает уже обнародованное произведение, могут быть самыми разными: это может быть трансформация творческих взглядов или мировоззрения автора, изменение внешних обстоятельств и т.д., но закон не требует от автора обосновывать уважительность причин отзыва произведения. Последствием реализации права на отзыв является сохранение (для еще не обнародованного произведения) или восстановление (для уже обнародованного произведения) правового режима необнародованного произведения. Произведение может быть вновь доведено до сведения публики только самим автором или с его согласия, на него не распространяются никакие изъятия из сферы авторского права и т.п.

В отличие от других личных неимущественных прав автора, право на обнародование способно переходить к другим лицам, что еще раз подчеркивает условность деления авторских прав на личные и имущественные.

Наконец, автор обладает таким личным неимущественным правом, как *право на опубликование*, хотя закон о нем специально и не упоминает. Между тем данное право, безусловно, принадлежит автору, так как выражает особый интерес автора, не опосредованный каким-либо другим правом.

Под правом на опубликование понимается *признаваемая за автором возможность выпуска в обращение экземпляров произведения в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения*. Акцент в данном случае делается на том, что за автором признается возможность контроля за выпуском в обращение материальных носителей произведения. Реализация права на опубликование имеет своим последствием изменение правового режима произведения, так как опубликованное произведение может в определенных случаях использоваться без согласия автора, например репродуцироваться в единичных экземплярах библиотеками, архивами и учебными заведениями.

2. Droit de suite, или право следования

Другим примером ограничения отчуждаемости авторских прав служит то, что во французском языке обозначено термином «droit de suite» или «право следования». Правом следования называется неотчуждаемое право художника получать определенный процент от перепродаж своего произведения. Бернской конвенцией право следования допускается, но не делается обязательным. С этим правом редко приходится иметь дело в англоязычных странах, но в других странах оно достаточно распространено. Аргументация в пользу этого права состоит в том, что тот, кто получает выгоду от перепродажи работы художника, должен с ней ею делиться, поскольку его именем и трудом создана основа для получения выгоды.

Вместе с тем есть достаточно сильные аргументы против использования этого права. Молодые начинающие художники будут получать меньше за свои работы, потому что они не могут продать все свои права. Старые известные художники могут выиграть, поскольку многие из их ценных работ перепродаются. Таким образом, право следования представляет собой передачу благосостояния от бедных начинающих художников богатым и знаменитым, что является довольно странной формой социальной политики. Практически страна, в которой действует право следования, рискует потерять свой аукционный бизнес, который перетечет в такие известные аукционные центры, как Лондон или Нью-Йорк, расположенные в странах, где не существует права следования. Владельцу картины, стоимостью, скажем, в десять тысяч долларов, дешевле будет выставить ее для продажи в Лондоне за 5% комиссионных, чем платить по праву следования в той стране, где оно действует.

Поскольку право следования защищает имущественные интересы создателей произведений изобразительного искусства, оно принадлежит к числу имущественных прав авторов. Вместе с тем

следует подчеркнуть, что, хотя подразделение авторских прав на личные и имущественные закреплено законом, оно является весьма условным и относительным, так как во многих субъективных авторских правах, включая и право следования, личные и имущественные моменты теснейшим образом переплетены друг с другом.

Л. Уступка прав и лицензирование

1. Общие принципы

И Бернская конвенция, и Соглашение ТРИПС оставляют на усмотрение стран-участниц решение вопроса об уступке авторских прав и разрешении их использования, в связи с чем это решение варьируется от полной свободы заключения договора до очень строгих ограничений. Поэтому даже в странах, в целом приверженных к рыночной экономике, как правило, существуют ограничения в отношении уступок авторских прав и разрешения их использования.

Использование произведения автора другими лицами (пользователями) осуществляется на основании авторского договора, кроме случаев, специально указанных Законом РФ «Об авторском праве и смежных правах». Договорная форма использования произведений в большей степени, чем какая-либо другая, обеспечивает реализацию и охрану как личных, так и имущественных прав автора. Отвечает она и интересам пользователей, поскольку они приобретают определенные права по использованию произведений, которых не имеют другие лица, и в связи с этим могут окупить свои затраты по воспроизведению и распространению произведений и получить прибыль. В конечном счете в договорном использовании произведений заинтересовано и общество в целом, поскольку такой порядок стимулирует творческую активность его членов и способствует умножению духовного богатства общества.

Действующее авторское законодательство не содержит определения авторского договора, однако анализ его норм позволяет сформулировать следующее определение: *по авторскому договору автор передает или обязуется передать приобретателю свои права на использование произведения в пределах и на условиях, согласованных сторонами.* Авторский договор носит гражданско-правовой характер и является самостоятельным в ряду других гражданско-правовых договоров. Данный вывод имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение. В частности, он означает, что на авторско-договорные отношения распространяются как общие положения гражданского права, например правила о формах и условиях действительности сделок, так и соответствующие нормы обязательственного права, касающиеся, например, порядка заключения и исполнения договоров, ответственности за их нарушение и т.п.

По общему правилу авторский договор носит консенсуальный, взаимный и возмездный характер. На протяжении многих лет в российской юридической литературе продолжается спор о природе авторского договора. Суть разногласий сводится к вопросу о том, уступает ли автор контрагенту свои имущественные права на произведение или лишь разрешает его использование на определенных условиях. В этой связи в литературе выдвинуты и подробно обоснованы теория уступки (передачи) и теория разрешения. Действующим законодательством, в котором неоднократно подчеркивается возможность перехода права на использование произведения от автора к другим лицам, данный спор однозначно решен в пользу теории уступки прав.

Выступая в качестве особого вида гражданско-правового договора, авторский договор, в свою очередь, подразделяется на ряд разновидностей, каждая из которых имеет свои особенности.

Прежде всего авторские договоры делятся на группы в зависимости от вида произведений, по поводу которых они заключаются. Выделяются, в частности, *авторские договоры на создание и использование литературных, музыкальных, аудиовизуальных, архитектурных и других произведений.* Даже если указанные договоры предусматривают один и тот же способ использования произведений, вид последних оказывает определенное влияние на содержание самого договора.

В зависимости от того, является ли предметом авторского договора уже готовое произведение или произведение, которое еще только необходимо создать, различаются *авторские договоры заказа и авторские договоры на готовое произведение.* Авторский договор заказа подробно регламентирует требования, предъявляемые к будущему произведению, в частности, устанавливает его жанр, назначение, объем и другие параметры, определяет сроки и форму представления работы заказчику, порядок устранения замечаний, предусматривает право автора на получение аванса и т.п. В тех случаях, когда предметом договора является уже готовое произведение, оно обычно рассматривается и одобряется пользователем до заключения договора. Поэтому все указанные выше вопросы для данного договора значения не имеют, и основное внимание уделяется проблеме использования произведения.

Авторские договоры могут быть связаны с *использованием еще не обнародованного произведения или произведения, которое уже доведено до всеобщего сведения*. Как правило, это оказывает существенное влияние на такие условия договора, как размер авторского гонорара и форма его выплаты. Авторы необнародованных произведений обычно получают особое вознаграждение за предоставление пользователю права на первое ознакомление публики с произведением. Специфической чертой договора, связанного с повторным использованием произведения, является право автора на внесение исправлений и изменений в созданное им произведение.

В зависимости от того, становится ли приобретатель авторских прав по договору единственным их обладателем или не становится, авторские договоры подразделяются на *договоры о передаче исключительных прав и договоры о передаче неисключительных прав*. Авторский договор о передаче исключительных прав разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются, и дает такому лицу право запрещать подобное использование произведения другим лицам. По авторскому договору о передаче неисключительных прав пользователю разрешается использовать произведение наравне с самим автором и другими лицами, получившими от автора разрешение на использование произведения аналогичным способом. Согласно п. 4 ст. 30 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», передаваемые по авторскому договору права считаются неисключительными, если в договоре прямо не установлено иное.

Наконец, большое практическое значение имеет подразделение авторских договоров в зависимости от *способа использования произведения*. В связи с этим выделяются издательские, постановочные, сценарные договоры, договоры о депонировании рукописи, художественного заказа, об использовании в промышленности произведений декоративно-прикладного искусства, о публичном исполнении, о передаче произведения в эфир или сообщении для всеобщего сведения по кабелю и т.д. Каждый из названных договоров имеет свои особенности, обусловленные как спецификой произведений, так и способами их использования.

2. Ограничение уступок и лицензирования авторских прав

Причина, по которой часто возникают ограничения в отношении уступок и разрешения использования авторских прав, объясняется необходимостью охраны имущественных прав авторов от эксплуатации их издателями. Ограничения, как правило, состоят в формулировании специальных условий, которые должны (или не должны) включаться в лицензии, условий, которые определяют максимальные сроки действия лицензии и пр. В последние годы против подобных ограничений стали особенно активно выступать экономисты, поскольку они противоречат основам свободного рынка. Экономисты утверждают, что ограничения в части отчуждения прав, по сути дела, уменьшают доходы и авторов, и издателей, ибо не дают возможности совершать сделки, которые могут быть выгодны обеим сторонам. В условиях свободного рынка сделка может иметь место, только если она выгодна обеим сторонам; если закон запрещает сделку, которую хотят совершить обе стороны, то они обе теряют ожидаемую выгоду, тем самым обедняя и общество в целом. Тем не менее, ограничения существуют в законодательстве по авторскому праву большинства стран и поэтому юристы должны знать, как с этим вопросом обходиться.

Один из подходов может состоять в использовании законодательства конкретной страны. В советский период Александр Солженицын нанял швейцарского адвоката и выдал ему доверенность. По этой доверенности швейцарский юрист был уполномочен давать иностранным издателям разрешение на опубликование книги «Архипелаг ГУЛАГ». В доверенности было указано, что полномочия по ней определяются законодательством Швейцарии. Соответственно в решении английского суда, в котором оспаривалась законность издания книги в Англии, было указано, что доверенность выдана на основании законодательства Швейцарии, а потому любые ссылки на незаконность издания книги по советскому законодательству (ограничение права диссидента публиковать труды за рубежом) не были признаны. Очевидно, английскому суду претила мысль стать орудием советской цензуры. В других случаях может быть далеко не так просто использовать право выбора страны. Для избежания ограничений в части уступок авторского права и разрешений на его использование.

Современное российское авторское право исходит из *принципа свободы авторского договора*, в соответствии с которым стороны сами определяют свои взаимные права и обязанности и оговаривают иные условия договора. Вместе с тем Закон предъявляет к авторским договорам некоторые требования, сформулированные в виде диспозитивных и императивных правил. Первые из них вступают в действие тогда, когда в договоре не решены те или иные вопросы. В качестве примера можно привести правило о том, что действие передаваемого по договору права

ограничивается территорией Российской Федерации, если в авторском договоре отсутствует условие о территории, на которую передается право.

Императивные правила либо запрещают вводить в авторские договоры определенные условия, либо предписывают конкретное решение отдельных вопросов при выборе сторонами варианта своих взаимоотношений из числа возможных. Например, Закон заранее объявляет недействительным условие авторского договора, которым автор ограничивается в создании в будущем произведений на данную тему или в данной области. Примером императивной нормы предписывающего характера может служить требование обязательного установления максимального тиража произведения, если в авторском договоре об издании или ином воспроизведении произведения вознаграждение определено в виде фиксированной суммы.

Указанные правила выполняют, в сущности, ту же функцию, которая во многом была свойственна существовавшим в прошлом типовым авторским договорам и состояла в ограждении интересов авторов от диктата пользователей произведений. Наличие подобных гарантий, равно как и закрепление их на законодательном уровне, представляется вполне оправданной мерой, которая согласуется с принципом свободы договора и практикой правового регулирования авторских отношений в большинстве государств.

3. Соблюдение формальностей при уступке или лицензировании авторских прав

Наряду с запрещением выдвигать требование соблюдения формальностей как условие охраны авторских прав Бернская конвенция разрешает странам-участницам вводить требование соблюдения формальностей при уступке или лицензировании авторских прав. Соблюдение этих формальностей требуется сразу по трем причинам: 1) для обеспечения понимания сторонами всей серьезности сделки; 2) для обеспечения доказательства факта сделки на случай возможных споров; 3) для того, чтобы третьи лица знали о факте сделки. Первые два пункта отвечают требованию совершения сделки в письменной форме. Третий может отвечать требованию об обязательной или необязательной регистрации определенных видов сделок. В связи с тем, что в договорах об уступке авторских прав или в лицензионных договорах могут фигурировать большие деньги, лучше соблюдать письменную форму, даже в тех случаях, когда закон не требует этого в обязательном порядке.

По сравнению с патентным авторское право создает меньше проблем, связанных с исключительными правами. Авторское право по своей сути не является монопольным. Даже если случится, что два поэта одновременно напишут одинаковые стихотворения, каждое из них будет защищено авторским правом. Оба автора могут выйти на рынок поэзии со своими произведениями. Если одна кинокомпания снимет фильм о шпионе с привлекательной внешностью, любимце женщин, другая свободно может использовать эти сюжетные линии в своей картине. Вопросы о нарушении антимонопольного законодательства могут возникнуть в двух случаях: 1) при накоплении в одних руках большого числа авторских прав и 2) в отношении действующих компьютерных систем.

В ряде стран обладатели авторских прав на наиболее популярные музыкальные и поэтические произведения создают союзы в целях оптимизации управления своими правами, для чего передают им право распоряжения исполнением авторских произведений. Наиболее известными в мире считается Американское общество композиторов, писателей и издателей — сокращенно на английском языке — ASCAP²⁰. Собирая в блок авторские права на исполнение большинства популярных музыкальных произведений, такой союз по сути дела создает монополию в области развлекательной индустрии. Общество, обладающее правами на исполнение произведений, имеет две наиболее важные функции, выполнение которых для отдельного автора более чем затруднительно, а именно: 1) упрощение процесса лицензирования за счет выдачи бланкетных лицензий и 2) защита авторских прав путем преследования их нарушителей. И, тем не менее, даже такая монополизация прав на исполнение произведений авторов не спасает от нарушений, поскольку исполнение музыкальных произведений на радиостанциях и в ресторанах не лицензируется. Поэтому вполне разумным будет, если антимонопольными органами или в антимонопольном законодательстве будут выдвинуты определенные требования, например о справедливых отчислениях авторским союзам и организациям.

Другим бурно обсуждающимся вопросом является вопрос о действующих компьютерных компаниях. В отличие от киноиндустрии, от которой зрители ждут новых фильмов и новых идей, в компьютерной индустрии авторы программ и пользователи стремятся к стабильности. Пользователи хотели бы избежать потерь времени, связанных с изучением новых

²⁰ См. страницу в Интернете <http://www.ascap.com>.

операционных программ. Компании, разрабатывающие компьютерные программы, нацеливают их лишь на наиболее распространенные операционные системы, чтобы снизить затраты и расширить рынок. В результате сейчас 95% рынка персональных компьютеров занимает одна операционная система. В связи со стремлением к стандартизации, как только операционная система занимает доминирующее положение, перестают работать обычные движущие силы конкуренции. В США правительство предъявило иск к обладателю прав на операционную систему, в котором утверждалось, что он злоупотребил авторским правом для укрепления своего доминирующего положения на рынке программного обеспечения.

В соответствии со ст. 32 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» авторские договоры должны заключаться в *простой письменной форме*. Конечно, по желанию сторон договор может быть нотариально удостоверен, однако Закон этого не требует. Чаще всего авторский договор заключается путем составления сторонами единого документа. Обычно издательства, театры, студии и иные организации, использующие произведения, имеют разработанные с учетом норм Закона стандартные бланки договоров, которые заполняются и подписываются сторонами. Специфика конкретного договора отражается в разделе «Особые условия». По предложению автора договор может быть составлен и в иной форме. Важно лишь, чтобы он отражал все существенные условия, по которым должно быть достигнуто соглашение, и не ухудшал положение автора по сравнению с требованиями Закона.

Нередко авторский договор представляет собой по форме не единый документ, а их совокупность. Так, организации, использующие произведения, направляют авторам заказы на создание произведений. Если такой заказ содержит все существенные условия предлагаемого автору договора, он имеет значение оферты. Эти условия, меняющиеся в зависимости от вида произведения и способа его использования, во всех случаях включают: наименование сторон, характеристику вида произведения и формы его предполагаемого использования, наименование и (или) характеристику произведения, срок и форму передачи произведения, срок его использования, размер вознаграждения по договору. При всех обстоятельствах должны быть зафиксированы те условия, которые на основании действующего законодательства подлежат согласованию сторонами. Те условия, которые predeterminedены нормативными актами как определяющие минимальный уровень прав автора, могут и не воспроизводиться в таком заказе.

Несоблюдение письменной формы авторского договора само по себе не делает данный договор недействительным, но влечет за собой последствия, предусмотренные ст. 162 ГК. Иными словами, если одна из сторон будет оспаривать факт заключения договора, другая сторона не может ссылаться в подтверждение договора на свидетельские показания. Во внимание суд принимает лишь письменные доказательства, в частности переписку между автором и организацией, расписку в получении аванса, рецензии, утвержденные планы организации, бухгалтерские документы и т.п. Указанные письменные документы должны свидетельствовать именно о наличии авторского договора, а не о предварительных договорных контактах автора и организации.

Как исключение из общего правила, письменная форма не обязательна для договора об использовании произведения в периодической печати (п. 1 ст. 32 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Иначе говоря, авторский договор здесь может быть совершен в любой форме, в том числе в устной или конклюдентной, с возможным привлечением свидетелей для доказательства факта заключения договора. В частности, о заключении договора может свидетельствовать извещение автора редакцией о принятии его рукописи либо сам факт опубликования произведения. Напротив, если в орган периодической печати поступает незаказанная рукопись, предварительная работа над ней еще не доказывает, что между сторонами уже возникли договорные отношения.

При продаже экземпляров программ для ЭВМ и баз данных и предоставлении массовым пользователям доступа к ним допускается применение особого порядка заключения договоров, установленного Законом РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных». В частности, ст. 14 указанного Закона предусматривает возможность изложения типовых условий договора на передаваемых экземплярах программ для ЭВМ и баз данных.

Что касается договоров об уступке (передаче) прав на программу для ЭВМ или базу данных, то они, помимо письменного оформления, могут, а в некоторых случаях должны быть зарегистрированы в Российском агентстве по правовой охране программ для ЭВМ, баз данных и топологий интегральных микросхем (далее — Агентство. В настоящее время функции данного Агентства выполняются Роспатентом). Согласно п. 5 ст. 13 Закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» обязательной регистрации в Агентстве подлежат договоры о полной уступке всех имущественных прав на зарегистрированную программу для ЭВМ или базу данных; договоры о передаче имущественных прав на зарегистрированную или незарегистрированную программу или базу данных могут быть зарегистрированы в Агентстве по

соглашению сторон. Более конкретно эти вопросы регламентированы в Правилах регистрации договоров на программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем, утвержденных Роспатентом 31 декабря 1998 г.

Договор о полной уступке всех имущественных прав на зарегистрированную программу для ЭВМ или базу данных может быть заключен с даты его официальной регистрации в Агентстве и вступает в силу только с момента регистрации. Договор о передаче имущественных прав на программу для ЭВМ или базу данных может быть заключен в любое время и вступает в силу с указанной в нем даты.

При публичном исполнении, воспроизведении звукозаписи и некоторых других видах использования произведений, имущественными правами в отношении которых управляет Российское авторское общество (РАО) или иная подобная организация, авторский договор на использование произведений заключается в форме *лицензионного соглашения*. Организация, управляющая имущественными правами авторов на коллективной основе, не имеет права отказать пользователю в выдаче лицензии без достаточных оснований, а сами условия лицензий должны быть одинаковыми для пользователей одной категории. Заключаемое на таких началах лицензионное соглашение напоминает *публичный договор* (ст. 426 ГК), хотя ввиду особого некоммерческого статуса организаций, управляющих имущественными правами авторов на коллективной основе, им в точном смысле считаться не может. Вместе с тем данное соглашение является *договором присоединения* (ст. 428 ГК), поскольку его условия определяются такими организациями в стандартных формах и могут быть приняты пользователями не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

В лицензионном соглашении определяются разрешенные пользователю способы использования произведений; размер вознаграждения за использование, который обычно устанавливается на уровне утвержденных Правительством РФ минимальных ставок; порядок и периодичность представления отчетности об использовании произведений; условия досрочного прекращения действия соглашения; ответственность за нарушение его условий и др. Лицензия выдается, как правило, на один год с возможностью автоматического продления ее действия на новый срок.

Лицензионное соглашение носит общий характер, т.е. разрешает использовать предусмотренными им способами все произведения, имущественными правами в отношении которых управляет соответствующая организация. Если, однако, пользователь получает лицензию на воспроизведение фонограммы, он должен оформить специальную заявку на каждый альбом с указанием тиража, срока воспроизведения, вида материального носителя, репертуара и других реквизитов. Игнорирование данного требования рассматривается в судебной практике как бездоговорное использование произведения.

М. Гражданско-правовая защита авторских прав

В гражданском процессе истец должен доказать что: 1) он обладает исключительными имущественными правами и 2) что это право нарушено. Далее он должен обосновать свое требование судебного запрета на неправомерное использование его прав и/или требование возмещения причиненного ему ущерба.

Под *способами защиты* авторских прав понимаются закрепленные законом материально-правовые меры принудительного характера, посредством которых производится восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя. Российское авторское законодательство предоставляет потерпевшим достаточно широкий выбор способов защиты, ряд из которых предусмотрен законодательством впервые. В соответствии со ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» обладатели исключительных авторских прав вправе требовать от нарушителя:!) признания прав; 2) восстановления положения, существовавшего до нарушения права; 3) прекращения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; 4) возмещения убытков; 5) взыскания дохода, полученного нарушителем вследствие нарушения авторских и смежных прав; 6) выплаты компенсации в определенных законом пределах.

Указанные способы защиты не исчерпывают собой всех возможных мер, к которым может прибегнуть потерпевший для защиты своих авторских прав и охраняемых законом интересов. Авторские права по своей природе являются субъективными гражданскими правами, и поэтому их защита может осуществляться с помощью всех тех способов, которые применяются для защиты субъективных гражданских прав. В числе таких способов можно назвать требования о прекращении или изменении правоотношения, о признании недействительным не соответствующего законодательству ненормативного акта органа государственного управления или местного органа государственной власти, о возмещении морального вреда и некоторые другие.

Следует учитывать, что помимо способов защиты авторских прав в их точном смысле действующее авторское законодательство предусматривает возможность применения к нарушителям некоторых *дополнительных санкций*. Так, согласно п. 2 ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» помимо возмещения убытков, взыскания незаконного дохода или выплаты компенсации в твердой сумме суд или арбитражный суд за нарушение авторских прав взыскивает штраф в размере 10% суммы, присужденной судом в пользу истца. При этом сумма штрафов направляется в установленном законодательством порядке в соответствующие бюджеты. Контрафактные экземпляры произведений или фонограмм подлежат обязательной конфискации по решению суда или судьи единолично, а также по решению арбитражного суда. Конфискованные контрафактные экземпляры произведений подлежат уничтожению, за исключением случаев их передачи обладателю авторских прав по его просьбе. Кроме того, суд или судья единолично, а также арбитражный суд могут вынести решение о конфискации материалов и оборудования, используемых для изготовления и воспроизведения контрафактных экземпляров произведений.

Указанные санкции носят административный, а не гражданско-правовой характер и гражданско-правовыми способами защиты авторских прав в строгом смысле не являются. Однако их введение в авторское законодательство является абсолютно оправданной, хотя и несколько запоздалой, мерой.

Как правило, обладатель нарушенного авторского права может воспользоваться *не любым, а вполне конкретным способом защиты* своего права. Зачастую способ защиты нарушенного права либо прямо определен специальной нормой закона, либо вытекает из характера совершенного правонарушения. Так, например, если при опубликовании произведения искажено имя его автора, он может требовать лишь внесения соответствующих исправлений. Чаще, однако, обладателю авторского права предоставляется возможность определенного выбора среди потенциальных способов защиты. Например, в случае, когда в результате нарушения авторских прав потерпевшему причинены убытки, он вправе по своему усмотрению либо потребовать их возмещения в полном объеме, либо взыскать в свою пользу доход, полученный нарушителем вследствие нарушения авторских прав, либо потребовать выплаты ему компенсации в пределах, установленных законом.

Предусмотренные законом способы защиты авторских прав *неоднородны по своей юридической природе*, что также оказывает существенное влияние на возможности их реализации. Наиболее распространенным в литературе является их подразделение *на меры защиты и меры ответственности*, которые различаются между собой по основаниям применения, социальному назначению, выполняемым функциям, принципам реализации и некоторым другим моментам. Практическую значимость при этом имеет то обстоятельство, что, по общему правилу, меры ответственности в отличие от мер защиты применяются лишь к виновным нарушителям авторских прав и выражаются в дополнительных обременениях в виде лишения правонарушителя определенных прав и (или) возложения на него дополнительных обязанностей. Напротив, меры защиты могут быть реализованы по отношению к любым лицам, которые своим поведением нарушают авторские права, хотя бы в субъективном плане их не в чем было упрекнуть. Среди гражданско-правовых способов защиты авторских прав, предусмотренных действующим законодательством, мерами ответственности могут быть признаны лишь возмещение убытков, взыскание незаконно полученного дохода, выплата компенсации, а также компенсация морального вреда; все остальные являются мерами защиты.

Российским законодательством прямо предусмотрены *специальные меры, направленные на обеспечение исков по данной категории дел*. Согласно ст. 50 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» суд или судья единолично, а также арбитражный суд могут вынести определение о запрещении ответчику либо лицу, в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что оно является нарушителем авторских прав, совершать определенные действия и (или) о наложении ареста и изъятии всех экземпляров произведений, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными, а также материалов и оборудования, предназначенных для их изготовления и воспроизведения. Перечень действий, которые могут быть запрещены ответчику, включает изготовление, воспроизведение, продажу, сдачу в прокат, импорт и иное пользование, а также транспортировку, хранение или владение с целью выпуска в гражданский оборот экземпляров произведений, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными. Указанные меры рассматриваются в качестве дополнительных гарантий защиты интересов обладателей авторских прав, поскольку они направлены на обеспечение правильного рассмотрения дела и реального исполнения будущего судебного решения.

1. Доказывание права авторства

Для того чтобы упростить доказывание права авторства, ст. 15 Бернской конвенции

формулирует презумпцию правообладания:

«(1) Для того, чтобы автор охраняемых настоящей Конвенцией литературных и художественных произведений рассматривался, при отсутствии доказательств противоположного, как таковой и в соответствии с этим допускался в странах Союза к возбуждению судебного преследования против нарушителей, достаточно, если имя автора будет обозначено на произведении обычным образом. Настоящий пункт применяется, даже если это имя является псевдонимом, когда псевдоним, принятый автором, не оставляет сомнений в его личности.

(1) Изготовителем кинематографического произведения считается, при отсутствии доказательства противоположного, физическое или юридическое лицо, имя или название которого обозначено на этом произведении обычным образом.

(2) В отношении произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, кроме указанных выше в пункте (1), издатель, имя которого обозначено на произведении, признается, при отсутствии доказательств противоположного, представителем автора, и в этом качестве он правомочен защищать права автора и обеспечивать их осуществление. Действие положений настоящего пункта прекращается, когда автор раскроет свою личность и заявит о своем авторстве на произведение.

(3)/а/. Для неопубликованных произведений, автор которых неизвестен, но в отношении которых есть все основания предполагать, что он является гражданином страны Союза, за законодательством этой страны сохраняется право назначить компетентный орган, представляющий этого автора и правомочный защищать его права и обеспечивать их осуществление в странах Союза.

/б/. Страны Союза, которые в соответствии с этим положением произведут такое назначение, уведомляют об этом Генерального Директора путем письменного заявления, содержащего полную информацию о назначенном в таком порядке органе. Генеральный Директор немедленно сообщает это заявление всем другим странам Союза».

Необходимость в доказывании авторства возникает тогда, когда наличие у лица авторского права подвергается сомнению, авторское право оспаривается, отрицается или имеется реальная угроза таких действий. Зачастую неопределенность авторского права приводит к невозможности его использования или, по крайней мере, затрудняет такое использование. Например, если произведение опубликовано автором анонимно или под вымышленным именем, может возникнуть необходимость подтверждения в судебном порядке авторства на это произведение, без чего невозможно ни передать права на использование произведения по договору, ни защитить нарушенные права на произведение. Признание права авторства как раз и является средством устранения неопределенности во взаимоотношениях субъектов, создания условий для реализации иных прав и предотвращения со стороны третьих лиц действий, препятствующих их нормальному осуществлению.

Признание права как средство его защиты по самой своей сути может быть реализовано лишь в юрисдикционном порядке, но не путем совершения истцом каких-либо самостоятельных односторонних действий. Требование истца о признании права обращено не к ответчику, а к суду, который должен официально подтвердить наличие или отсутствие у истца данного права. В большинстве случаев требование о признании авторского права является необходимой предпосылкой применения иных предусмотренных законом способов защиты. Например, чтобы взыскать убытки, связанные с незаконным использованием произведения, истец должен доказать, что он обладает авторским правом на это произведение. Однако иногда требование о признании права авторства имеет самостоятельное значение и не поглощается другими способами защиты.

2. Доказывание нарушения права авторства

Доказывание нарушения права авторства на художественное произведение в известном смысле сложнее, чем в случаях нарушений прав патентообладателя. Как указывалось выше, при доказывании нарушения прав патентообладателя нужно, чтобы ответчик либо что-то произвел, либо сделал что-то еще, что вторгается в формулу изобретения, охраняемого патентом. В случае нарушения прав автора нет такого инструмента, как формула изобретения, с помощью которого можно было бы определить объем охраны. Более того, при нарушении авторского права истец должен доказывать факт копирования его произведения. Простого факта, свидетельствующего о том, что два произведения одинаковы, недостаточно, поскольку 1) произведения могли быть созданы независимо друг от друга; 2) оба произведения могли иметь своим источником работу, которая входит в область общего достояния. Весьма вероятно, что два писателя независимо друг от друга напишут очень похожие книги. Поскольку сутью нарушения авторского права является его копирование, то в данном случае нарушения не происходит. Истец может столкнуться с

трудностями при доказывании факта копирования его произведения, хотя в некоторых случаях это не представляет особого труда. Если речь идет о тысячестраничных романах и полном совпадении их текстов, то такое совпадение доказывает копирование. Однако в двух мелодиях последовательность расположения нот может быть чистым совпадением. В таком случае важным элементом доказывания станет установление того, слышал или нет второй композитор мелодию первого.

Возможные нарушения права авторства могут состоять как в присвоении чужого авторства (плагиат), так и в отрицании авторства того лица, которым создано произведение. Наиболее грубым нарушением является полное или частичное присвоение чужого авторства. Чаще всего это является результатом умышленных действий нарушителя. Однако и тогда, когда право авторства нарушено по неосторожности либо вовсе без вины, оно подлежит восстановлению. Так, если издательство, опубликовавшее произведение, ошибочно приписало авторство на него другому лицу, оно должно исправить свою ошибку адекватным способом.

3. Средства защиты права авторства

В соответствии с положениями Соглашения ТРИПС, в котором определены средства защиты всех типов интеллектуальной собственности, страны-участницы должны их применять в защите авторских прав в объеме, не меньшем, чем это предусмотрено Соглашением. Соглашением предусматривается, но не объявляется обязательным использование такого способа защиты, как взыскание штрафов, определенных законом, хотя это является довольно распространенной практикой в делах о нарушении авторских прав. Зачастую бывает трудно или даже невозможно подсчитать размер действительных убытков, причиненных нарушением. Вместе с тем очевидно, что убытки были. Отказ от применения каких бы то ни было мер был бы действием слишком мягким по отношению к нарушителю и несправедливым по отношению к правообладателю. Такие способы защиты, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права и пресечение действий, нарушающих это право, могут предупредить причинение убытков в будущем, но оставляют уже полученную нарушителем прибыль у него и не предоставляют никакой компенсации правообладателю. По этой причине в законодательстве об авторских правах во многих странах действует положение о так называемом фиксированном объеме убытков, который устанавливается по усмотрению суда в пределах, предусмотренных законом об авторских правах. Зачастую размер возмещения устанавливается на довольно высоком уровне с тем, чтобы одновременно и карать правонарушителя, и действовать как устрашение для других. Существование в некоторых странах конституционных ограничений на использование квазимер уголовно-правового характера в гражданских делах может привести к отказу от института фиксирования значительного объема убытков.

Так же, как и в делах о патентных нарушениях, в делах о нарушении авторских прав может быть вынесено решение о возмещении убытков и в тех случаях, когда нарушитель не знал, что действует противоправно. Во многих странах не существует действующих систем регистрации авторских прав, наподобие систем регистрации патентов. Поэтому издатель, которому предлагается рукопись произведения, не может установить, что это плагиат. Даже в США, где авторские права регистрируются, фиксируется только названия произведений, что мало помогает в борьбе с плагиатом, поскольку плагиаторы чаще всего меняют именно название. И, тем не менее, в большинстве стран законодательством предусматривается возмещение убытков даже в случаях неумышленного нарушения авторских прав. По мере того, как через Интернет проходит все больший объем авторских работ, стало легче обнаруживать плагиат, поскольку можно проводить автоматизированный поиск кусков текста в вызывающих подозрение работах, используя для этого технические возможности Интернета²¹.

Возмещение убытков, взыскание с нарушителя незаконно полученного дохода или выплата им компенсации представляют собой один из наиболее действенных способов защиты авторских прав. В данном случае имущественный интерес потерпевшего удовлетворяется за счет денежной компенсации понесенных им имущественных потерь. При этом такая компенсация может быть либо прямо увязана с размером причиненного вреда (возмещение убытков), либо связана с ним лишь косвенным образом (взыскание незаконного дохода), либо вообще относительно независима от него (выплата компенсации). Следует отметить, что хотя возможность компенсации имущественных потерь допускалась и ранее действовавшим авторским законодательством, в настоящее время правила возмещения вреда в рассматриваемой сфере претерпели существенные изменения. В частности, если раньше размер убытков нередко ограничивался нормативными актами, а на

²¹ См., например, страницу в Интернете, <http://www.altavista.com> или <http://www.rambler.ru>, или <http://www.aport.ru>

практике чаще всего сводился к взысканию в пользу потерпевшего того гонорара, который ему причитался бы при нормальном использовании произведения, сейчас появилась возможность взыскивать с нарушителя убытки в полном объеме. Кроме того, потерпевший может выбрать конкретный метод возмещения вреда, что во многом облегчает задачу по защите его нарушенных имущественных интересов. Наконец, правом на возмещение вреда стали пользоваться все обладатели авторских прав, в том числе и лица, которые приобретают эти права по договорам.

В соответствии с п. 1 ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» основной формой компенсации причиненного потерпевшему ущерба является возмещение убытков. Под убытками понимаются расходы, произведенные лицом, право которого нарушено, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). В рассматриваемой области в соответствии с общим правилом убытки возмещаются в полном объеме. В качестве примера реального ущерба можно указать на расходы, затраченные потерпевшим на устранение искажений произведения или на восстановление материального носителя, который поврежден или уничтожен нарушителем авторских прав. Возмещению подлежат также расходы на оказание юридической помощи по защите нарушенных авторских или смежных прав, на уплату пошлины при предъявлении иска в суд и т.п.

Гораздо чаще, однако, убытки в рассматриваемой области выражаются в той упущенной выгоде, которая могла быть получена в условиях нормальной реализации прав и обязанностей участников авторских правоотношений. Представляется, что в настоящее время этот вид убытков не может сводиться только к выплате того гонорара, который получил бы автор, если бы его права не были нарушены.

Во-первых, действующее авторское законодательство, как уже отмечалось, отказалось от нормирования авторского вознаграждения, сохранив лишь минимальные ставки, которые в соответствии с п. 3 ст. 31 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» устанавливаются Правительством РФ за отдельные виды использования произведений и объектов смежных прав. Вместе с тем ориентация на минимальные ставки была бы явно несправедливой мерой по отношению к потерпевшим. Взыскание же вознаграждения по максимальным ставкам, что практиковалось в прежние годы, сейчас невозможно. Во-вторых, если упущенная выгода сводилась бы к невыплаченному гонорару, эта мера ответственности становилась бы явно несоизмеримой по сравнению с другими предусмотренными законом способами компенсации упущенной выгоды. Поэтому в качестве упущенной выгоды должна рассматриваться по меньшей мере вся та прибыль, которая незаконно получена нарушителем авторского или смежного права.

Обоснование размера причиненных убытков, включая упущенную выгоду, является задачей самого потерпевшего. Им же доказывается сам факт нарушения принадлежащих ему авторских прав, а также причинная связь между нарушением его прав и возникшими убытками. Что касается субъективного условия ответственности, то нарушитель авторских прав предполагается виновным до тех пор, пока им не будет доказано противное.

По общему правилу, убытки взыскиваются в денежной форме. Вместе с тем следует иметь в виду, что авторское законодательство допускает передачу обладателю авторского права по его требованию контрафактных экземпляров произведения или фонограммы, за счет которых могут полностью или частично покрываться причиненные убытки. Если потерпевшего такая форма возмещения убытков не устраивает, он может настаивать на денежной компенсации его имущественных потерь.

Поскольку доказать наличие убытков и обосновать их размер, особенно в части упущенной выгоды, бывает не всегда просто, Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» предоставляет потерпевшим возможность компенсировать понесенные ими убытки двумя другими, более простыми способами.

Во-первых, они могут взыскать с нарушителя в свою пользу весь доход, полученный им вследствие нарушения авторских и смежных прав. Нетрудно заметить, что в данном случае ответственность нарушителя существенно повышается, так как речь идет о всем его незаконном доходе, а не о полученной им прибыли. Кроме того доказать размер дохода, по общему правилу, гораздо проще. В частности, это может быть сделано и расчетным путем, исходя, например, из объема тиража и стоимости одного экземпляра произведения.

Во-вторых, обладатели нарушенных авторских прав могут поступить еще проще, потребовав от нарушителя выплаты компенсации. Размер компенсации определяется по усмотрению суда или арбитражного суда на основании иска потерпевшего в сумме от 10 до 50 000 минимальных размеров оплаты труда, устанавливаемых законодательством РФ.

Как показывает судебная практика последних лет, требование о выплате компенсации

является самым распространенным методом возмещения убытков, причиненных нарушением авторских и смежных прав. Его популярность объясняется именно тем обстоятельством, что истец в данном случае должен доказать лишь сам факт нарушения его имущественных прав, что подразумевает и причинение ему убытков, но не обязан обосновывать их размер. Учитывая это обстоятельство, многие нарушители, особенно тогда, когда интересы потерпевших представляют организации, занимающиеся управлением авторскими (смежными) правами на коллективной основе, а само нарушение достаточно очевидно, выплачивают потерпевшим компенсацию в добровольном порядке. Размер компенсации колеблется в этом случае в интервале от 20 до 100 минимальных размеров оплаты труда за одно бездоговорное использование произведения. Когда же в процессе переговоров договориться не удается и дело доходит до суда, размер компенсации в абсолютном большинстве случаев значительно превышает указанные суммы.

При определении конкретного размера компенсации суды учитывают предполагаемый размер убытков потерпевшего, размер извлеченных нарушителем доходов, масштабность нарушения, количество потерпевших, степень вины нарушителя и некоторые другие факторы. На практике размер компенсации, назначенный судом, варьируется в большинстве случаев от 100 до 1000 минимальных размеров оплаты труда, хотя по крупным делам достигает и больших сумм. По общему правилу, компенсация назначается исходя из того размера минимальной оплаты труда, который действовал на момент нарушения права. Однако поскольку очень часто нарушения носят длящийся характер, а иногда не являются окончательными и на момент вынесения судебного решения, в расчет должно приниматься и изменение минимального размера оплаты труда.

Н. Административные санкции за нарушение авторских прав путем импорта пиратской продукции

Восстановление нарушенных прав в судах гражданской юрисдикции — не вполне достаточная защита в области авторских прав. Пираты действуют издалека, часто из «заморских стран». В случае ввоза пиратской продукции в страну не всегда есть возможность предотвратить ее распространение. Поэтому возникает серьезная потребность в способе блокирования пиратских товаров на границе. При этом честный импортер должен быть защищен, если он может доказать, что ввозимая им продукция не нарушает авторского права. Статья 16 Бернской конвенции содержит положение, открывающее возможность изымать контрафактную продукцию, но, к сожалению, статье недостает четкой регламентации:

«(1) Контрафактные экземпляры произведения подлежат аресту в любой стране Союза, в которой это произведение пользуется правовой охраной.

(2) Положения предшествующего пункта применяются также и к произведениям, происходящим из страны, в которой произведение не охраняется или перестало пользоваться охраной.

(3) Арест налагается в соответствии с законодательством каждой страны».

В связи с определенной нечеткостью данной статьи Конвенции, многие страны не ввели в свое законодательство статей, формулирующих механизм изъятия товара при таможенном досмотре. Частично эта ситуация исправлена Соглашением ТРИПС. В ст. 51 указывается:

«Страны-участницы должны в соответствии с изложенным ниже принять процедуры, дающие правообладателю, имеющему серьезные основания опасаться, что существует угроза ввоза контрафактной или поддельной по товарному знаку продукции, право обращаться с письменными заявлениями в компетентные административные или судебные органы для того, чтобы таможенные власти отсрочили таможенную очистку и свободное обращение подобной продукции».

Понятие «пиратская продукция» в Соглашении определено следующим образом:

«... Любая продукция, которая представляет собой копию оригинала, изготовленную без согласия правообладателя или лица, уполномоченного правообладателем в стране изготовления, и которая прямо или косвенно воспроизводит эту копию, чье изготовление уже явилось нарушением авторского или смежных прав в соответствии с законодательством страны импортера».

Таким образом, указанные процедуры прямо нацелены на случаи задержания на границе пиратской продукции, а не на разрешение спорных случаев признания авторских прав или

установления их нарушения. Для того чтобы защитить импортера, от обладателя авторского права требуется представить «адекватные доказательства» правообладания и обеспечить «безопасность или страхование» импортируемого груза. Соглашением ТРИПС предусматривается, что груз может быть задержан на срок до десяти дней, что дает правообладателю возможность обратиться в суд. Если груз хранится с нарушением правил, Соглашение предусматривает компенсацию за причиненный ущерб, выплачиваемую импортеру, грузоотправителю или владельцу.

По общему правилу, таможенные органы не должны распространять информацию о реквизитах этих лиц, равно как и о количестве импортируемого груза, как того требуют правила охраны коммерческой тайны. Однако Соглашение ТРИПС разрешает проведение инспекции груза по поручению обладателя авторского права. Оно также делает возможным раскрытие ему информации, если устанавливается факт нарушения его прав.

Условия и порядок применения мер административной ответственности за нарушение авторских прав в Российской Федерации устанавливаются ст. 48—49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», ст. 10, 12, 22, 22¹, 23, 24, 27, 28, 29 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», ст. 150⁴, 157², 202, 241, 290 КоАП. Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» помимо общей ссылки на то, что за нарушение предусмотренных настоящим Законом авторских прав наступает административная ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации (п. 1 ст. 48), предусматривает две конкретные административно-правовые санкции.

Прежде всего, согласно п. 2 ст. 49 Закона суд или арбитражный суд помимо возмещения убытков, взыскания дохода или выплаты компенсации в твердой сумме за нарушение авторских прав взыскивает *штраф* в размере 10% от суммы, присужденной судом в пользу истца. Сумма штрафов направляется в установленном законодательством порядке в соответствующие бюджеты. Как видим, указанная санкция, имеющая административно-правовую природу, является дополнительной карательной мерой воздействия на правонарушителей, действиями которых нарушены имущественные интересы обладателей авторских прав. Она применяется не самостоятельно, а лишь вместе со взысканием убытков в одной из допускаемых законом форм и прямо зависит от размера присужденной в пользу истца суммы возмещения.

По смыслу закона взыскание данного штрафа является не только *правом*, но и *обязанностью* суда, которая, однако, на практике в большинстве случаев судами не выполняется. На наш взгляд, подобная практика расходится с прямым требованием п. 2 ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» и является одним из косвенных подтверждений того, что российские судьи пока еще не осознали в полной мере важность борьбы с пиратством. Между тем из Закона ясно следует, что указанная санкция должна применяться к правонарушителям автоматически, безотносительно к тому, просит ли об этом потерпевший или нет.

Другой административной санкцией является предусмотренная п. 4 ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» *конфискация* контрафактных экземпляров произведения, а также материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения. Однако данная санкция носит административно-правовой характер лишь тогда, когда по решению суда указанные предметы подлежат уничтожению. Если же по требованию потерпевшего контрафактные экземпляры произведения передаются ему (материалы и оборудование, которые использовались для их воспроизведения, могут быть лишь уничтожены), это следует рассматривать как одну из форм полного или частичного возмещения причиненных ему убытков.

Как и взыскание штрафа, *применение конфискации контрафактных экземпляров зависит от усмотрения суда*. Поскольку потерпевший также может быть заинтересован в реализации данной меры (причем не только тогда, когда он требует передачи ему конфискованных контрафактных экземпляров), он может настаивать на конфискации и последующем уничтожении контрафактной продукции, а также обжаловать судебное решение, не содержащее данной санкции. На практике рассматриваемая мера пока не находит широкого применения. Конфискация материалов и оборудования, используемых для изготовления и воспроизведения контрафактных экземпляров, производится *по усмотрению суда*.

Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» позволяет обладателям авторских прав обращаться за защитой своих нарушенных прав в антимонопольные органы РФ. Правовой базой для этого служит ст. 10 указанного Закона, которая признает одной из форм недобросовестной конкуренции «продажу товаров с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполнения работ, услуг». Государственные антимонопольные органы (Федеральный антимонопольный орган и его территориальные органы) имеют одной из своих задач «предупреждение, ограничение и пресечение монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции» (п. 1 ст. 11

Закона) и наделены полномочиями давать хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушений антимонопольного законодательства и (или) об устранении их последствий и «принимать решения о наложении штрафов на коммерческие и некоммерческие организации и административных взысканий на их руководителей, граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей» (ст. 12 Закона).

По своей сути антимонопольные органы являются органами исполнительной власти и обеспечивают административно-правовую защиту имущественных интересов хозяйствующих субъектов в рассматриваемой сфере. Это, в частности, означает, что обращаться с заявлениями в антимонопольные органы могут лишь те обладатели авторских прав, которые занимаются коммерческим использованием произведений. Как правило, такого рода деятельностью занимаются не сами создатели творческих результатов, а пользователи произведений, которые приобрели соответствующие права на основании закона (работодатели) или договора.

В соответствии со ст. 27 Закона заявления подаются в антимонопольный орган в письменной форме с приложением документов, свидетельствующих о фактах нарушения антимонопольного законодательства. В заявлении должны содержаться сведения о заявителе и о лице, в отношении которого подано заявление, описание нарушения антимонопольного законодательства, а также существо требования, с которым обращается заявитель. Порядок рассмотрения заявлений определяется Правилами рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства, утвержденными приказом Государственного комитета РФ по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур от 25 июля 1996 г.

По общему правилу, поступившее заявление рассматривается специально созданной для этого комиссией в трехмесячный срок с момента вынесения определения о возбуждении дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства (сам вопрос о возбуждении дела решается в месячный срок со дня поступления заявления). Для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний, комиссия вправе привлекать к участию в рассмотрении дела экспертов и специалистов. Рассмотрение дела производится с участием сторон, которые могут знакомиться с материалами дела, представлять доказательства, участвовать в их исследовании, заявлять ходатайства и давать устные и письменные объяснения. Решение принимается комиссией простым большинством голосов открытым голосованием в отсутствие лиц, участвующих в деле. Принятое решение объявляется немедленно по окончании рассмотрения дела, при этом может быть оглашена только резолютивная часть. Мотивированное решение направляется или вручается под расписку сторонам по делу в пятидневный срок со дня его вынесения.

На основании решения комиссии в соответствии со ст. 12 Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» выносится предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, которое в установленном порядке направляется или вручается лицу, совершившему это нарушение. Предписание, в котором должны содержаться разумные сроки и конкретные действия по прекращению нарушений и (или) устранению их последствий, подлежит исполнению в установленный им срок. Неисполнение предписания, т.е. уклонение от исполнения, частичное исполнение или несвоевременное исполнение предписания, влечет за собой ответственность в виде штрафа в размере до 100 минимальных размеров труда за каждый день просрочки, но не более 25 тысяч минимальных размеров оплаты труда. При этом руководители организаций могут быть подвергнуты персональной административной ответственности в виде предупреждения или штрафа в размере до 8 минимальных размеров оплаты труда (ст. 157² КоАП).

Лица, не согласные с предписаниями антимонопольных органов и наложением штрафов, вправе в 6-месячный срок со дня вынесения соответствующих решений обжаловать их в суд (арбитражный суд). Подача жалобы приостанавливает исполнение решений (предписаний) на время ее рассмотрения в суде до вступления решения суда в законную силу.

Как показывает практика, обращения обладателей авторских и смежных прав за защитой их прав в антимонопольные органы — пока достаточно редкое явление. Как правило, это делается в случаях, когда нарушение авторских или смежных прав является очевидным и подтверждается бесспорными доказательствами. Кроме того, поскольку окончательную точку в споре о нарушении авторских или смежных прав все равно ставит суд, многие потерпевшие предпочитают обращаться за защитой своих прав непосредственно в суд.

Кодекс РСФСР об административных правонарушениях устанавливает административную ответственность за продажу, сдачу в прокат и иное незаконное использование экземпляров произведений и фонограмм (ст. 150). Место расположения ст. 150 КоАП (глава 12 КоАП «Административные правонарушения в области торговли и финансов») и анализ ее диспозиции

свидетельствуют о том, что, вводя данную статью, законодатель прежде всего преследовал цель поставить заслон *незаконному обороту контрафактной продукции*. Это вытекает хотя бы из того, что противоправными считаются в первую очередь продажа и сдача в прокат материальных носителей произведений и фонограмм, если они осуществляются с нарушением установленных ст. 150 КоАП правил. Однако диспозиция статьи сформулирована таким образом, что ею охватываются не только действия по распросу гранению экземпляров произведений и фонограмм, но и *иное незаконное их использование*. Поэтому в принципе административная ответственность по ст. 150 КоАП может наступать и за незаконное воспроизведение, импортирование, публичное исполнение и иное использование произведений и фонограмм. Ограничителями выступают лишь два обстоятельства, а именно связь правонарушения с материальными носителями произведений и фонограмм и преследование нарушителем коммерческих целей. В этой связи данная статья, как правило, не может быть применена к случаям незаконной передачи произведения или фонограммы в эфир или по кабелю, их переделки или иной переработки, публичного исполнения, если при этом используются правомерно введенные в оборот материальные носители произведений и фонограмм.

Охватываемые ст. 150⁴ КоАП действия образуют состав административного правонарушения в случаях, если:

экземпляры произведений или фонограмм являются контрафактными в соответствии с законодательством РФ об авторском праве и смежных правах, или

на экземплярах произведений или фонограмм указана ложная информация об их изготовителях и о местах производства, а также иная информация, которая может ввести в заблуждение потребителей, или

на экземплярах произведений или фонограмм уничтожен или изменен знак охраны авторского права или знак охраны смежных прав, проставленные обладателем авторских или смежных прав.

Из приведенной гипотезы статьи видно, что административная ответственность может наступать не только когда нарушитель имеет дело с контрафактными экземплярами произведений и фонограмм, т.е. такими экземплярами, изготовление и распространение которых влекут за собой нарушение авторских или смежных прав. Противоправными с точки зрения закона считаются такие действия, которые хотя и не нарушают чужих авторских или смежных прав, но направлены на введение потребителей в заблуждение относительно происхождения материальных носителей произведений и фонограмм или правообладателей. Так, если даже на фонограмме зафиксированы неохраняемые произведения и (или) исполнения, но указаны ложные сведения об ее изготовителе или месте производства, воспроизведение или распространение такой фонограммы образует административное правонарушение. Введение ответственности за подобные действия имеет целью защиту прав как потребителей, так и обладателей авторских и смежных прав, поскольку ложная информация о происхождении материальных носителей значительно затрудняет борьбу с пиратством.

Субъектами ответственности по ст. 150⁴ КоАП выступают физические лица, которые занимаются коммерческой деятельностью по использованию произведений и фонограмм либо в качестве индивидуальных предпринимателей (продавцы экземпляров произведений и фонограмм, лица, сдающие их в прокат, и т.п.), либо в качестве руководителей соответствующих организаций. Административной ответственности подлежат лица, достигшие к моменту совершения административного правонарушения 16-летнего возраста. Наряду с российскими гражданами административную ответственность несут находящиеся на территории РФ иностранцы и лица без гражданства.

При выявлении административного правонарушения, предусмотренного ст. 150⁴ КоАП, уполномоченные должностные лица органов внутренних дел составляют протокол, в котором среди прочих данных указываются место, время и существо правонарушения. При необходимости допускается административное задержание нарушителя на срок до трех часов (ст. 241, 242 КоАП). Вопрос о наложении административного взыскания рассматривается судьями федеральных судов в порядке, установленном процессуальным законодательством.

В качестве санкции применяется штраф в размере от 5 до 10 минимальных размеров оплаты труда (в отношении граждан) или от 10 до 20 минимальных размеров оплаты труда (в отношении должностных лиц) с конфискацией контрафактных экземпляров произведений или фонограмм. Если лицо в течение года уже подвергалось административному взысканию на основании ст. 150⁴ КоАП, размер штрафа увеличивается соответственно до 10—20 или 30—50 минимальных размеров оплаты труда. Конфискованные экземпляры произведений или фонограмм подлежат уничтожению, за исключением случаев их передачи обладателю авторских или смежных прав по его просьбе.

Практическая реализация административной ответственности, предусмотренной ст. 150⁴

КоАП, затруднена тем, что работники органов внутренних дел зачастую не в состоянии выявить контрафактную продукцию, так как определить это на основании лишь внешних признаков материальных носителей не всегда возможно. Выход видится в создании специализированных подразделений органов внутренних дел по борьбе с пиратством, которые работали бы в тесном контакте с обществами, управляющими имущественными правами авторов и обладателей смежных прав на коллективной основе, и иными объединениями правообладателей.

О. Уголовная ответственность за нарушение авторских прав

В ст. 61 Соглашения ТРИПС сформулировано требование применения уголовной ответственности за пиратское использование авторских прав:

«Страны-участницы должны налагать уголовную ответственность и наказание, по крайней мере, за злоумышленное... пиратское коммерческое использование объектов авторского права. Меры уголовного наказания могут включать как лишение свободы, так и/или денежные штрафы, размеры которых должны быть достаточными, чтобы удерживать других от совершения подобных действий, и должны соответствовать уровню наказаний, налагаемых за преступления соответствующей тяжести. В соответствующих случаях меры борьбы с пиратством должны включать арест, конфискацию и уничтожение пиратской продукции и любых материалов и приспособлений, которые были использованы при совершении правонарушения. Страны-участницы могут использовать уголовно-правовые и уголовно-процессуальные меры в случаях нарушения прав интеллектуальной собственности, особенно, когда эти нарушения совершаются умышленно и с коммерческим размахом».

Уголовная ответственность за нарушение авторских прав необходима по той же причине, что и уголовная ответственность за кражу других видов собственности. Пиратов, нарушающих авторские права, очень трудно схватить за руку, и поэтому одних гражданско-правовых средств борьбы может быть недостаточно. Введение уголовной ответственности в отношении пиратов может служить двоякой цели: быть средством удержания пиратов от совершения действий и средством «выведения их из строя». Суровость наказания может убедить некоторых людей не заниматься пиратством. Тюремное заключение и уничтожение производственных мощностей для пиратской продукции может, хотя бы па время, физически предотвратить новые правонарушения.

Уголовной ответственности за нарушение авторских прав подлежат, как правило, лишь те, кто действовал с умыслом. Гражданско-правовые средства борьбы с нарушителями авторских прав используются также и в отношении тех, кто действовал неумышленно. Например, журнал, получивший рукопись статьи, публикует ее, не зная (и не будучи в состоянии знать), что это пиратская рукопись. Тем не менее, журнал может быть привлечен к гражданской ответственности за нарушение авторского права. Журнал может подать в суд на человека, представившего рукопись, с требованием возместить понесенные убытки, но будет очень затруднительно довести дело до конца. Издатель может ошибочно полагать, что какое-то произведение уже является частью общего достояния, а, опубликовав его, убедиться, что авторское право на эту вещь еще действует. В этом случае издатель несет гражданскую ответственность. В любом случае было бы совершенно неправильно привлекать к уголовной ответственности издателя, который действовал, не имея злого умысла.

Состав уголовного преступления по действующему российскому законодательству образуют лишь *незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно присвоение авторства, если эти деяния причинили крупный ущерб*. Нарушение иных прав авторов, в частности права на имя, права на обнародование, права на защиту репутации автора и т. д., уголовно наказуемого деяния не образует.

Объективная сторона рассматриваемого преступления может состоять из одного или нескольких действий, подпадающих под ст. 146 УК РФ, а именно заключаться: а) в присвоении авторства на произведение (исполнение, постановку), т.е. в выдаче чужого результата творческого труда за собственный; б) в совершении любого действия, связанного с незаконным использованием произведения или объекта смежных прав (т.е. их незаконное воспроизведение, распространение, передача в эфир и т.д.). Состав данного преступления *тлеет материальный характер*, т.е. сам факт совершения указанных выше действий еще не включает в себе состава оконченного преступления. Лишь при действительном причинении этими действиями крупного ущерба преступление считается совершенным. Поэтому противоправные действия, которые еще не привели к крупному ущербу, но могли его вызвать, образуют покушение на преступление. Те же действия, которые не привели и не могли привести к крупному ущербу, уголовным преступлением не признаются.

Камнем преткновения в практической реализации ст. 146 УК РФ является вопрос о понятии *крупного ущерба*. Закон его размера не определяет, что, безусловно, является серьезным пробелом.

Наиболее близкое решение данного вопроса содержится в примечании 2 к ст. 158 УК РФ, где применительно к преступлениям против собственности крупным размером считается стоимость имущества, в 500 раз превышающая минимальный размер оплаты труда, установленный законодательством на момент совершения преступления. На практике именно эта цифра и принята в качестве ориентира при оценке крупного ущерба, причиненного нарушением авторских и смежных прав. Вместе с тем на практике нет единства в самом понимании ущерба, а именно в том, должен ли трактоваться ущерб как прямые убытки обладателя авторских или смежных прав или как любые его потери, включая упущенную выгоду. На наш взгляд, сведение ущерба лишь к реальным убыткам сужает сферу применения ст. 146 УК РФ до таких пределов, когда ее существование во многом утрачивает практический смысл. К подавляющему большинству случаев откровенного пиратства данную статью применить будет невозможно. Основные имущественные потери обладателей авторских и смежных прав выражаются в той выгоде, которой они лишились из-за действий пиратов. Поэтому представляется, что понятие ущерба в ст. 146 УК РФ должно трактоваться так же, как и в авторском праве.

Субъективная сторона преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, характеризуется прямым умыслом. Это означает, что лицо не только осознает, что, например, совершает плагиат или незаконно использует чужое произведение, но и желает этого. Отсутствие в действиях правонарушителя вины или неосторожная вина исключают привлечение его к уголовной ответственности.

Уголовную ответственность за нарушение авторских прав несут лица, достигшие 16 лет. Данное преступление наказывается штрафом в размере от двухсот до четырехсот минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до четырех месяцев, либо обязательными работами на срок от ста восьмидесяти до двухсот сорока часов, либо лишением свободы на срок до двух лет.

Те же действия, совершенные неоднократно либо группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, наказываются штрафом в размере от четырехсот до восьмисот минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от четырех до восьми месяцев, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы до пяти лет.

Статья 146 УК РФ пока еще не находит широкого применения. По неофициальным данным, за весь 1997 г. в Москве по данной статье было возбуждено лишь 37 уголовных дел, 11 из которых доведено до суда, а по трем вынесены приговоры. Аналогичная картина наблюдается в Санкт-Петербурге и некоторых других регионах страны.

Очевидно, что приведенные цифры — это лишь капля в том море пиратства, которое существует в России. Для сравнения: в США ежегодно возбуждается по этому поводу около 2500 уголовных дел. Во всех развитых странах борьба с пиратством ведется на государственном уровне, а не является делом лишь самих правообладателей. В нашей же стране данная проблема пока не только не решается, но и по-настоящему еще не осознана. Проведение эпизодических рейдов и облав на рынках сбыта контрафактной продукции и разгром нескольких киосков видеопроката — вот и все меры, которые предпринимаются государством силами практически не подготовленных к борьбе с пиратством правоохранительных органов. Эффективность большинства подобных мероприятий близка к нулевой отметке, так как в лучшем случае неблагоприятные последствия от них испытывают мелкие правонарушители. Поиском же настоящих пиратов, выявлением основных каналов поступления и сбыта контрафактной продукции никто серьезно не занимается. Безусловно, сказывается и такой фактор, как психологическая неготовность работников правоохранительных органов и судей рассматривать пиратов в качестве преступников, посягающих на чужую, хотя и интеллектуальную собственность. Между тем борьба с административными правонарушениями и преступлениями в рассматриваемой сфере должна вестись не менее активно, чем с кражами, мошенничеством и другими преступлениями.

II. Роль юриста в планировании и осуществлении охраны авторских прав

1. Когда следует избирать авторско-правовую охрану

В связи с тем, что авторское право возникает автоматически безо всяких формальностей, нет необходимости в том, чтобы сознательно выбирать форму охраны так, как это нужно делать в области патентования. Чаще всего требуется определиться в том, достаточно ли только охраны авторским правом или нужны еще какие-либо дополнительные виды охраны. Например,

поскольку идеи не могут охраняться авторским правом, публикация статьи с описанием нового технологического процесса не остановит от заимствования изложенных в ней идей для повторения этого процесса другими лицами. Поэтому в данной ситуации гораздо надежнее этот процесс либо охранять как коммерческую тайну, либо запатентовать его.

По той причине, что в США действует самый большой рынок охраняемых авторским правом произведений и что в этой стране предоставляется самая сильная охрана зарегистрированным произведениям, авторы художественных работ могут захотеть зарегистрировать их именно в США²². И хотя процесс регистрации сложен, издатель, регистрирующий сразу несколько произведений, может воспользоваться услугами юриста для прояснения регистрационных формальностей. Юридическая помощь особенно важна при регистрации таких произведений, по которым могут возникнуть судебные споры.

2. Регулирование прав лиц, работающих по трудовому контракту и по временному соглашению

Как уже говорилось выше, за исключением области кинематографии, международные договоры по авторскому праву не регулируют вопросов распределения имущественных прав между работодателями, с одной стороны, и работниками и подрядчиками — с другой. В национальном законодательстве отдельных стран содержатся положения, по которым имущественные права принадлежат работодателю, если произведение создается работником в ходе исполнения им своих служебных обязанностей. Но и в этом случае возникает ряд вопросов. Каков правовой статус автора произведения: является ли он действительно работником или независимым подрядчиком? Было ли произведение действительно создано в ходе выполнения служебных обязанностей?

Когда правовая охрана произведения испрашивается в другой стране, какое право будет служить основанием для определения взаимоотношений между работодателем и работником и сути их трудовых отношений: будет ли это право страны, где испрашивается охрана, право страны, где создан объект авторской охраны, трудовое законодательство или международное договорное право? Если работа сделана независимым подрядчиком на заказ, каковы будут отношения между ним и заказчиком?

Лучшим способом разрешения подобных проблем является письменный контракт между работодателем (или заказчиком) и каждым работником (или подрядчиком). Кроме того, может понадобиться подписание подобных контрактов с нанимаемыми на временную работу лицами.

3. Лицензирование и уступка авторских прав

Важной задачей юристов, консультирующих по вопросам авторского права, является составление договоров о лицензировании и уступке авторских прав. Существует несколько типов таких договоров: 1) договоры с издательствами; 2) лицензионные договоры по компьютерному программному обеспечению; 3) бланкетные лицензии. Издатели обычно стараются принудить авторов к подписанию стандартных договоров. Известные авторы, обладая прочным авторитетом, могут выторговать себе необычно благоприятные условия. Некоторые удачливые авторы имеют своего агента, который ведет такие переговоры с издательством. Выше, в разделе о коммерческой тайне, мы уже говорили о том, что лицензионные договоры по компьютерному программному обеспечению имеют целью не предоставление, а ограничение прав за счет сокращения преимуществ, которые обычно получает лицо, приобретающее компьютерную программу. Бланкетные лицензии используются в тех случаях, когда затраты, связанные с ведением переговоров о получении лицензии, становятся неоправданно дорогими. Например, неоправданно дорогой может стать индивидуальная лицензия для радиостанции или ресторана на передачу в эфир или на исполнение в зале определенной песни. Во многих странах действуют специальные организации, управляющие авторскими правами, которые выдают радиостанциям, ресторанам и иным подобным учреждениям единую бланкетную лицензию сразу на исполнение широкого круга музыкальных произведений. Похожие организации представляют коллективные интересы и авторов журнальных статей.

²² См страницу в Интернете <http://www.lcweb.loc.gov/copyright/>

VIII. Виды интеллектуальной собственности, близкой к авторским правам

Существует несколько институтов интеллектуальной собственности, правовой режим охраны которых похож на режим охраны объектов авторского права. К их числу относятся смежные права, права на промышленный образец, права на топологии интегральных микросхем и права на базы данных.

А. Смежные права

Индустрия записи исполнительского искусства приобрела коммерческий размах только в XX в., уже после того, как возникло национальное законодательство об авторском праве и была разработана Бернская конвенция. По этой причине законодатели многих стран решили охранять права исполнителей не с помощью инструментов авторского права, а с помощью сходного с ним института смежных прав (т.е. прав, смежных с правами авторов). Но в некоторых странах, и прежде всего в США (представляющих собой самый большой рынок звукозаписи), права исполнителей охраняются авторским правом при более узком определении прав автора произведения. В национальном законодательстве и в международных договорах проводится четкое разделение прав исполнителей, производителей фонограмм и организаций вещания, что ставит барьер между ними и ретранслирующими компаниями, пиратами (т.е. нелегальными производителями продукции звукозаписи) и «бутлеггерами» (или «теневиками»), т.е. компаниями, осуществляющими звукозапись с прямыми трансляций и эфирного вещания.

Наряду с охраной прав авторов произведений науки, литературы и искусства российское авторское право признает и охраняет права исполнителей, производителей фонограмм и организаций эфирного и кабельного вещания. Права указанных лиц ввиду их близости и тесной связи с правами авторов именуется *смежными правами*.

Смежные права стали охраняться в России лишь с 4 августа 1992 г., когда на территории РФ были введены в действие Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. Общие нормы Основ 1991 г. получили развитие в Законе об авторском праве, посвятившем смежным правам специальный раздел, в котором уточнен состав охраняемых смежных прав.

Необходимость охраны такой разновидности смежных прав, как права артистов-исполнителей и режиссеров-постановщиков, признавалась большинством российских специалистов уже давно. Однако мнения относительно возможных форм охраны результатов исполнительского творчества разделились. По мнению одной группы ученых, в результате творческой деятельности исполнителей создается новый объект авторского права — произведение исполнительского искусства, права на который должны охраняться в рамках авторского права в его узком смысле. С точки зрения других ученых, говорить о создании артистами-исполнителями новых произведений, при всем уважении к их труду, было бы явной натяжкой. Действительно, результаты творческой деятельности исполнителей заслуживают общественного признания и охраны, однако последняя может быть обеспечена только на основе конструирования специального института смежных прав. Именно эта вторая точка зрения, в справедливости которой, среди прочего, убеждает зарубежный и международный опыт охраны прав исполнителей, и была в конечном счете воспринята российским законодательством.

Помимо прав исполнителей к смежным правам законодатель, следуя логике Римской конвенции 1961 г., отнес права производителей фонограмм, а также организаций эфирного и кабельного вещания. Указанных субъектов объединяет то, что именно благодаря их деятельности произведения, предназначенные для публичного исполнения, становятся доступными не только непосредственным слушателям и зрителям, но и широкой публике, что большей частью соответствует интересам самих авторов. Кроме того, при использовании авторских произведений интересы этих трех групп субъектов, а также авторов произведений настолько тесно и взаимно переплетаются, что в данном случае оказалась недостаточной традиционная модель взаимоотношений обладателей авторских прав и пользователей произведений.

Реальная жизнь потребовала предоставления указанным пользователям произведений особых прав, которые хотя и производны от прав авторов, однако не сводятся к правам, полученным от авторов по заключенным с ними договорам. При этом если вопрос о природе прав артистов-исполнителей еще может дебатироваться, то совершенно ясно, что права создателей фонограмм (звукозаписей), а также вещательных организаций не носят авторского характера. В отличие от исполнителей, деятельности которых свойственно творческое начало, изготовители фонограмм и организации эфирного и кабельного вещания осуществляют техническую деятельность, в

результате которой никакого нового произведения не создается. Однако благодаря связи и сходству с правами авторов права этих лиц справедливо именуются смежными.

Существенной особенностью большинства смежных прав является их *производность и зависимость* от прав создателей творческих произведений. Лишь в тех случаях, когда исполняется, записывается на фонограмму или передается в эфир или по кабелю неохранным законом произведение либо объект, не являющийся результатом творческой деятельности, смежные права носят самостоятельный характер. По общему же правилу, производитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания осуществляют предоставленные им права в тех пределах, которые определены договорами с исполнителем и автором записанного на фонограмму или передаваемого в эфир или по кабелю произведения.

Для возникновения и осуществления смежных прав российский закон *не требует соблюдения каких-либо формальностей*. Права изготовителя фонограммы и исполнителя порождает сам факт создания соответствующей звукозаписи. Вместе с тем для оповещения третьих лиц о своих правах и предотвращения их нарушения обладатель смежных прав вправе использовать знак охраны, который помещается на каждом экземпляре фонограммы и (или) на каждом содержащем ее футляре. В качестве такого знака принят предусмотренный Римской конвенцией знак охраны, состоящий из трех элементов: латинской буквы «Р» в окружности: (P); имени (наименования) обладателя исключительных смежных прав; года первого опубликования фонограммы. Отсутствие знака охраны не лишает обладателя смежного права возможности его защиты, однако затрудняет процесс доказывания при его нарушении.

В настоящее время *сфера действия* смежных прав существенно ограничена по сравнению с авторскими правами. Смежные права исполнителей признаются лишь в тех случаях, когда: а) исполнитель является гражданином РФ; б) исполнение, постановка впервые имели место на территории РФ; в) исполнение, постановка записаны на фонограмму, которая охраняется законом; г) исполнение, постановка, не записанные на фонограмму, включены в передачу в эфир или по кабелю, которые охраняются законом (п. 1 ст. 35 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Права производителя фонограммы охраняются в следующих двух случаях: а) если он является гражданином РФ или юридическим лицом, имеющим официальное местонахождение на территории РФ; б) если фонограмма впервые опубликована на территории РФ. За организациями эфирного и кабельного вещания смежные права признаются только тогда, когда организация имеет официальное местонахождение на территории РФ и осуществляет передачи с помощью передатчиков, расположенных на территории РФ.

Круг *конкретных правомочий*, которыми обладают носители смежных прав, несколько уже того круга прав, которые принадлежат авторам произведений. При этом исполнители произведений, чья деятельность носит творческий характер, имеют как личные неимущественные, так и имущественные права. Права Производителей фонограмм, организаций эфирного и кабельного вещания, чей вклад является техническим, охватывают собой лишь имущественную сферу.

Иными являются и *временные рамки* действия смежных прав. В соответствии со ст. 43 Закона об авторском праве они действуют, по общему правилу, в течение 50 лет с даты первого исполнения или постановки (права исполнителей), первого опубликования фонограммы или ее первой записи, если она не была опубликована (права производителей фонограмм), первой передачи в эфир или по кабелю (права организаций эфирного и кабельного вещания). Исчисление указанного 50-летнего срока начинается с 1 января года, следующего за годом, когда имел место юридический факт, послуживший основанием для начала течения срока.

1. Римская конвенция

Если сравнивать Римскую конвенцию (*Международную конвенцию на охране прав исполнителей, производителей фонограмм и организаций эфирного вещания*) с Бернской по числу присоединившихся стран, то она покажется гораздо менее распространенной. В нее вошло большинство стран Западной Европы. Но такие крупные государства, как Китайская Народная Республика, Российская Федерация и Соединенные Штаты Америки пока что к ней не присоединились. Причина такого положения, видимо, кроется в том, что этим международным документом определяется объем охраны прав, значительно больший, чем тот, что предусмотрен действующим национальным законодательством многих стран. В частности, Конвенцией предусматривается выплата компенсаций в случае использования записи произведения в эфирном вещании. Для европейских стран, где всегда была сильная теоретическая поддержка развития охраны авторских и смежных прав, естественной является и охрана прав исполнителей и производителей фонограмм, записи которых используются в радиовещании. В отношении

Соединенных Штатов трудно найти теоретическое объяснение тому, что здесь не наблюдается стремления к подобной охране. В Америке, в отличие от Европы, не теория, а лобби, представляющее интересы промышленных кругов, в основном определяют развитие законодательства. Поэтому неудивительно, что мощная радиоиндустрия в состоянии уходить от уплаты отчислений в адрес менее организованной армии исполнителей и производителей фонограмм.

Российская Федерация пока еще не участвует в Римской конвенции, хотя ее внутреннее законодательство в основном соответствует требованиям данной Конвенции. Присоединение России к Римской конвенции - вопрос лишь времени, поскольку обязательство России подписать эту Конвенцию закреплено в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве с Европейским союзом, а также в Соглашении ТРИПС, требования которого должны быть выполнены Российской Федерацией как условие ее вступления во Всемирную торговую организацию.

2. Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм

Сфера действия этой - Конвенции достаточно ограничена, так как она направлена только против незаконного изготовления дубликатов фонограмм. Именно ввиду узкой направленности Конвенции такие страны, как США, где законом автору предоставляется исключительное право на воспроизведение произведений, но не урегулирован вопрос об использовании их в эфире, присоединились к ней.

Российская Федерация присоединилась к Конвенции 1971 г. об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 13 марта 1995 г.

3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности

Основным недостатком Римской конвенции, с точки зрения индустрии звукозаписи, явилось то, что в ней предусмотрен срок охраны фонограммы только в 20 лет. Соглашение ТРИПС устанавливает минимальный срок охраны в 50 лет, начиная с конца того года, которым датируется запись.

Российское законодательство о смежных правах данному требованию Соглашения ТРИПС соответствует, так как срок охраны прав производителей, равно как и иных обладателей смежных прав, составляет 50 лет.

4. Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах

Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах разрабатывался как универсальный документ, который может быть подписан даже теми странами, где отсутствует требуемый Римской конвенцией режим охраны. В Договор включено требование Соглашения ТРИПС о 50-летнем сроке охраны. В нем есть положения, регулирующие вопросы использования таких новых технологий, как цифровая запись и трансляция, а также кабельное вещание, которые не попали под охрану Бернской конвенции. Статьей 15 Договора (по аналогии с Римской конвенцией) предусматривается выплата отчислений за публичное вещание с использованием фонограмм. При этом, правда, данная статья не является обязательной к применению для стран-участниц, поскольку дает возможность присоединения к Договору с оговоркой о том, что вопрос об отчислениях решается по усмотрению вступающей в Договор страны. В соответствии со ст. 4 Договора те страны, в которых приняты отчисления за передачу в эфир фонограмм, не должны их производить в адрес стран, вступивших в Договор с оговоркой.

Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах 1996 г. Российской Федерацией пока еще не подписан, хотя внутреннее российское законодательство его требованиям в основном соответствует.

5. Охраняемые права исполнителей

В Договоре ВОИС об исполнениях и фонограммах по сравнению с Римской конвенцией значительно расширено понятие охраняемых исполнений. В соответствии с Договором к числу исполнителей отнесены актеры, певцы, музыканты, танцоры и другие лица, которые непосредственно представляют, поют, декламируют, играют, произносят или каким-либо иным образом исполняют литературные, художественные или фольклорные произведения. В публикациях

ВОИС и на ее сайте в Интернете²³ высказывается мнение о том, что включение в число объектов охраны танцев и фольклорных произведений является важным шагом по пути выравнивания положения между менее развитыми и импортирующими интеллектуальную собственность странами и более развитыми странами—экспортерами интеллектуальной собственности. На деле же, однако, получаемый доход, если он вообще возможен, от смежных прав на танец или фольклорное произведение совершенно незначителен в сравнении со стоимостью экспортируемой из более развитых стран интеллектуальной собственности.

Действующее законодательство России не определяет детально круг лиц, которые приобретают смежные права в связи с творческим исполнением авторских произведений. К числу исполнителей отнесены три большие группы субъектов — *артисты, режиссеры-постановщики и дирижеры* (ст. 4 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Все они названы исполнителями, хотя две последние категории, и особенно режиссеры-постановщики, могут считаться ими только условно. Исполнителями в строгом смысле слова являются лишь *артисты*, т.е. актеры, певцы, музыканты, чтецы, танцоры и другие лица, которые непосредственно представляют, поют, произносят, декламируют, играют или каким-либо иным образом исполняют творческие произведения. При этом их исполнение всегда носит конкретный характер и *каждое новое исполнение представляет собой самостоятельный объект правовой охраны*. Лишь в том случае, когда исполнение оказывается зафиксированным на каком-либо материальном носителе, оно «отрывается» от своего создателя и начинает самостоятельную жизнь.

В отличие от *артистов режиссеры-постановщики*, в частности театральные режиссеры, балетмейстеры, хореографы и т.д., непосредственного участия в исполнении произведения не принимают, хотя прежде всего благодаря их творческим усилиям создается художественно целостное сценическое произведение. Результаты их творческого труда, даже если они не зафиксированы на материальном носителе, могут использоваться без участия самих режиссеров-постановщиков. Так, многие театральные спектакли, поставленные известными режиссерами, продолжают идти на сценах театров уже после их смерти. В связи с этим нельзя не признать, что труд режиссера-постановщика в теоретическом плане гораздо ближе к авторскому, чем к исполнительскому, творчеству. Закон, однако, решил данный вопрос иначе, наделив режиссеров-постановщиков лишь исполнительскими правами.

Исполнителем может быть лишь физическое лицо, возраст и состояние дееспособности которого значения не имеют. Конечно, права малолетних и недееспособных исполнителей осуществляют их законные представители. Если исполнение производится различными искусственно созданными механизмами либо животными, исполнительские права приобретают их создатели либо дрессировщики. Российское законодательство охраняет результаты исполнительской деятельности как профессионалов, так и любителей, не делая между ними никакого различия.

Коллективное исполнение произведения приводит к возникновению между исполнителями примерно таких же отношений, какие порождает соавторство при создании произведения. Если исполнителей произведения несколько, они осуществляют принадлежащие им правомочия только по взаимному согласию. Реализация прав больших коллективов исполнителей, например хоров, оркестров, театральных трупп и т.п., производится их дирижерами, режиссерами, солистами, руководителями труппы.

Указанное правило закона основывается на том, что обычно такие коллективы являются самостоятельными субъектами гражданского права, а их руководители уполномочены на совершение юридических действий от имени всего коллектива исполнителей. Кроме того, учитывается, что исполнения, создаваемые коллективами, являются, как правило, результатами служебной деятельности членов коллектива. Вопросы, связанные с осуществлением смежных прав, принадлежащих таким коллективам, решаются в контрактах с артистами, а также в нормативных документах, регламентирующих деятельность коллективов. В любом случае закон имеет в виду сложившиеся, постоянные коллективы исполнителей.

Иная ситуация возникает, однако, тогда, когда специально либо для производства записи исполнения, либо для одного или нескольких публичных выступлений приглашаются известный дирижер или солист, которые не являются постоянными членами данного коллектива исполнителей. В таких случаях согласие на использование исполнения, включая, например, запись исполнения, должно быть получено как от коллектива исполнителей в лице уполномоченного представителя коллектива, так и от приглашенного лица. В частности, исполнение известного солиста нередко представляет собой самостоятельный объект смежных прав, к созданию которого постоянные члены коллектива исполнителей, включая и его руководителя, имеют лишь косвенное отношение.

²³ ¹ См. страницу в Интернете: <http://www.wipo.org>

Поэтому *приглашенные дирижеры и солисты* выступают в качестве самостоятельных субъектов смежных прав и являются равноправными партнерами исполнительских коллективов. Это положение подтверждается сложившейся практикой особого выделения имен дирижеров и солистов в афишах и на обложках фонограмм.

Российское законодательство охраняет права исполнителей любых произведений, которые потенциально могут выступать в качестве объектов авторского права. При этом не обязательно, чтобы само исполняемое произведение охранялось авторским законом. Охраняется исполнение и тех произведений, срок охраны которых истек, произведений народного творчества, неохраняемых произведений иностранных авторов и т.п. Для предоставления охраны способу, стилю, манере исполнения не требуется наличия какой-либо особой оригинальности или индивидуальности. Исполнение охраняется независимо от его качества и достоинств, которые являются субъективными категориями и не могут эффективно применяться на практике.

6. Имущественные права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций

В российском праве имущественные интересы исполнителей обеспечиваются закреплением за ними права на использование исполнения или постановки в любой форме, включая право на получение вознаграждения за каждый вид использования исполнения или постановки. Само исключительное право на использование исполнения или постановки в п. 2 ст. 37 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» раскрывается как право осуществлять или разрешать осуществлять следующие действия:

- 1) передавать в эфир или сообщать для всеобщего сведения по кабелю исполнение или постановку, если используемые для такой передачи исполнение или постановка не были ранее переданы в эфир или не осуществляются с использованием записи;
- 2) записывать ранее не записанные исполнение или постановку;
- 3) воспроизводить запись исполнения или постановки, т.е. изготавливать экземпляры записи;
- 4) передавать в эфир или по кабелю запись исполнения или постановки, если первоначально эта запись была произведена не для коммерческих целей;
- 5) сдавать в прокат опубликованную в коммерческих целях фонограмму, на которой записаны исполнение или постановка с участием исполнителя.

а. Запись ранее не записанного исполнения

Основной проблемой, с которой сталкиваются артисты-исполнители, является проблема так называемых черных записей. Записи такого рода производятся без разрешения исполнителя прямо на концерте или во время передачи по радио. Этим нарушаются как имущественные, так и неимущественные личные права исполнителей. Понятно, что дохода от этих записей артист не имеет. Очень часто записывающая техника «черных» фонограмм значительно снижает качество звучания, и исполнитель вполне может не испытывать желания демонстрировать такую запись публике. Таким образом, «черные» записи не только представляют публике некачественный продукт, но и вредят репутации исполнителя. При этом купить такую продукцию могут любители музыки и коллекционеры. В ст. 1(6) Римской конвенции сформулировано требование о том, что страны—участницы Конвенции должны обеспечить исполнителям охрану от «записи исполнения без их разрешения ранее не записанного произведения». В ст. 14(1) Соглашения ТРИПС также содержится положение об охране исполнителя от «записи ранее не записывавшегося произведения». Аналогичное требование содержится и в ст. 7(ii) Договора ВОИС об исполнениях и фонограммах, сформулированное как исключительное право исполнителя «записывать свое ранее не записанное исполнение».

Под записью понимается фиксация звуков и (или) изображений с помощью технических средств в какой-либо материальной форме, позволяющей осуществлять их неоднократное восприятие, воспроизведение или сообщение (ст. 4 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Иными словами, понятием «запись исполнения» в данном случае охватываются как звукозаписи (фонограммы), так и видеозаписи. Последние независимо от их качества и художественных достоинств обладают правовым режимом аудиовизуальных произведений.

Право на запись имеет для исполнителей чрезвычайно важное значение. Пока исполнение не зафиксировано в записи, оно неразрывно связано с самим исполнителем и не существует вне деятельности последнего. Жизнь такого исполнения ограничена временем звучания стихов или музыки, продолжительностью танца или спектакля и т.п. При этом каждое новое исполнение, даже если оно практически ничем не отличается от предыдущих исполнений, выступает в качестве

самостоятельного объекта смежных прав. Исполнитель может в любой момент при новом исполнении внести в него коррективы либо вовсе прекратить дальнейшее исполнение соответствующего произведения.

Принимая решение о записи исполнения, исполнитель добровольно отказывается от ранее имевшейся у него возможности по осуществлению полного контроля над исполнением. Одновременно перед ним открываются такие перспективы использования исполнения, которые ранее у него отсутствовали.

Право на запись отнесено законом к имущественным правам исполнителя, что, безусловно, верно. Однако не подлежит сомнению, что в нем достаточно ярко выражен и личный интерес, так как с момента записи исполнения доступ к нему получают не только непосредственные зрители и слушатели, но и более широкая аудитория, включая и будущие поколения. Моральная ответственность исполнителя за качество исполнения, в котором исполнитель уже ничего не может исправить или изменить, многократно повышается.

Но более всего расширяются возможности по использованию исполнения. С момента записи исполнение в известной мере «отрывается» от своего создателя. Появляется возможность использования исполнения без участия самого исполнителя. На практике, давая разрешение на запись своего исполнения, исполнитель нередко уступает отдельные или даже все принадлежащие ему права на использование исполнения производителю соответствующей фонограммы или создателю аудиовизуального произведения.

Характеризуя право на запись исполнения, закон подчеркивает, что в данном случае имеется в виду запись ранее не записанных исполнений и постановок. С учетом того, что каждое новое исполнение (постановка) является самостоятельным объектом смежных прав, его запись должна рассматриваться в качестве записи еще не записанного исполнения (постановки). Поэтому смысл приведенного указания закона состоит в отграничении первой записи от перезаписи, т.е. воспроизведения уже сделанной записи исполнения. Исполнитель вправе контролировать (разрешать или не разрешать) не только воспроизведение записи (это самостоятельное право исполнителя, закрепленное подп. 3 п. 2 ст. 37 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»), но и запись каждого последующего исполнения того же самого произведения. При этом, хотя каждое последующее исполнение рассматривается как новый объект смежных прав, в отношении которого исполнитель обладает всем комплексом закрепленных законом прав, не исключается принятие исполнителем, переуступившим право на запись исполнения конкретному лицу, обязанности воздерживаться от выдачи разрешений на запись новых исполнений того же самого произведения.

б. Передача в эфир или по кабелю ранее не записанного исполнения

Трансляция в эфир не записанного ранее исполнения без разрешения исполнителя посягает на его интересы и прямо, и косвенно. Если публика будет знать о трансляции исполнения, то количество проданных билетов на концерт исполнителя будет меньше. К тому же велика вероятность того, что некоторые из слушателей запишут транслируемое исполнение и что некоторые из таких записей пойдут в продажу. По этой причине ст. 1(а) Римской конвенции запрещается «передача в эфир или передача для всеобщего сведения по кабелю исполнения без согласия исполнителя, если используемое для такой передачи исполнение не было ранее передано в эфир или осуществляется с использованием записи».

Статья 6(1)(i) Договора ВОИС об исполнениях и фонограммах содержит аналогичную формулировку: «(i) Запрещается передача в эфир или по кабелю для всеобщего сведения ранее не записанного исполнения, если данное исполнение не было ранее передано в эфир».

Соглашение ТРИПС идет несколько дальше и вводит запрет на «прямую трансляцию исполнения в эфир или по кабелю для всеобщего сведения» без согласия исполнителя.

По смыслу закона *право передавать исполнение или постановку в эфир или сообщать для всеобщего сведения по кабелю* предоставляет исполнителю возможность осуществлять самому или разрешать другим лицам действия по передаче в эфир или по кабелю так называемого живого исполнения. Данный вывод вытекает из концовки подп. 1 п. 2 ст. 37, а также подп. 4 п. 2 ст. 37 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», где говорится о передаче в эфир записи исполнения.

На первый взгляд, не вполне понятно ограничение рассматриваемого права указанием на то, что *исполнение или постановка не должны быть ранее переданы в эфир*. Поскольку каждое новое исполнение представляет собой самостоятельный объект смежных прав, одно и то же исполнение не может быть повторно передано в эфир, если только оно не зафиксировано в записи. Единственным случаем, когда возможна передача в эфир (по кабелю) ранее передававшегося в

эфир, но не записанного исполнения, является его *ретрансляция* иными организациями вещания, которая может осуществляться с согласия организации вещания, ведущей прямую трансляцию исполнения (подп. 1 п. 2 ст. 40, подп. 1 п. 2 ст. 41 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

в. Воспроизведение

Подписанная многими странами Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм предусматривает:

«Каждое государство-участник обязуется охранять интересы производителей фонограмм, являющихся гражданами других государств-участников, от производства копий фонограмм без согласия производителя и от ввоза таких копий всякий раз, когда упомянутое производство или ввоз осуществляются с целью их распространения среди публики, а также от распространения этих копий среди публики».

Аналогичная охрана предусмотрена и в Договоре ВОИС об исполнениях и фонограммах: «Исполнитель имеет исключительное право разрешать прямое или косвенное воспроизведение записей своих исполнений в виде фонограмм или в других видах фиксации исполнения».

Прямое копирование записанного исполнения является нарушением авторского права или смежных прав практически во всех странах. Однако от стране к стране варьируется отношение к тому, является ли нарушением авторского права копирование манеры исполнения. Предположим, что некий певец точно копирует по записи манеру исполнения известного артиста В некоторых странах, например в США, такое копирование не является нарушением авторских прав. Но в борьбе с таким копированием американский артист может воспользоваться другими законами для защиты своих интересов, например законом о недобросовестной конкуренции или законом о праве на публичную эксплуатацию личности.

Под *воспроизведением* записи исполнения (постановки), которое в самом Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах» не раскрывается, следует по аналогии с терминами «воспроизведение фонограммы» и «воспроизведение произведения» понимать изготовление одного или более экземпляров записи или ее части на любом материальном носителе. Воспроизведение записи исполнения, или, что то же самое, перезапись исполнения, означает, таким образом, размножение материальных носителей, на которых зафиксирована запись одного и того же исполнения. Если производится запись нового исполнения тем же исполнителем того же самого произведения, такие действия должны квалифицироваться как запись исполнения, а не воспроизведение записи. Не является воспроизведением запись и передача исполнения в эфир или по кабелю, поскольку здесь не появляются новых материальных носителей записи исполнения. Если же зрители или слушатели производят запись передаваемого в эфир или по кабелю исполнения, они осуществляют либо запись исполнения (если в эфир или по кабелю передается «живое» исполнение), либо воспроизведение записи исполнения (если передача исполнения в эфир или по кабелю производится с использованием записи исполнения). Указанные действия в соответствии с п. 2 ст. 42 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» допустимы лишь в личных целях.

г. Исполнение

Когда записанное исполнение передается в эфир или воспроизводится для публики (например, в дискотеке), уровень охраны прав авторов музыки и авторов слов выше уровня охраны прав исполнителей и производителей фонограмм. Первые пользуются охраной авторских прав в полном объеме. Исполнители и производители фонограмм в соответствии с Римской конвенцией имеют охрану меньшего объема, а в странах, которые не являются участниками этой Конвенции (например, в США), не имеют никакой охраны. Статья 12 Римской конвенции гласит: «Если фонограмма опубликована в коммерческих целях, либо если воспроизведение фонограммы используется для передачи в эфир или по кабелю для всеобщего сведения, транслирующая компания выплачивает единовременное соразмерное вознаграждение либо исполнителю, либо производителю фонограммы, либо обоим вместе. Условия распределения вознаграждения между указанными лицами при отсутствии согласия между ними определяется в соответствии с внутренним законодательством».

Российское законодательство, как и законодательство большинства других европейских стран, по-разному определяет условия использования записей, сделанных для некоммерческих целей, с одной стороны, и для коммерческих целей — с другой. *Некоммерческие записи* исполнений нередко создаются самими исполнителями для их личных архивов, дальнейшей работы над исполнением, участия в отборочных турах конкурсов исполнителей и т.п. В отдельных случаях

некоммерческие записи исполнений могут делаться и без согласия исполнителей (см., например, п. 2 ст. 42 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). При любых вариантах такие записи не могут использоваться без специального разрешения исполнителей в каких-либо иных целях, кроме тех, для которых они создавались. В частности, для того чтобы такая запись исполнения была передана в эфир или сообщена для всеобщего сведения по кабелю, необходимо получить согласие исполнителя.

Заинтересованность исполнителя в том, чтобы данный вопрос решался с его участием, достаточно очевидна. Запись исполнения, сделанная не для коммерческих целей, как правило, не предназначается для широкой аудитории. Поэтому исполнитель сам решает вопрос о том, достойна ли запись конкретного исполнения для передачи в эфир или по кабелю. Поскольку закон ничего не говорит о том, в каких целях запись исполнения передается в эфир или по кабелю, следует исходить из того, что согласие исполнителя требуется во всех случаях, а не только тогда, когда при осуществлении этих действий преследуются коммерческие цели.

По-иному обстоит дело с передачей в эфир или по кабелю *записей исполнений, опубликованных в коммерческих целях*. Давая согласие на такую запись, исполнитель должен осознавать, что отныне использование записи исполнения выходит из-под его полного контроля. В частности, в соответствии с п. 1 ст. 39 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» коммерческая фонограмма с записью исполнения может передаваться в эфир или по кабелю любыми заинтересованными лицами без согласия исполнителя, но с выплатой вознаграждения. Указанное вознаграждение, распределяемое между исполнителем и производителем фонограммы, выплачивается за использование коммерческой фонограммы путем: а) публичного исполнения фонограммы; б) передачи фонограммы в эфир; в) сообщения фонограммы для всеобщего сведения по кабелю. Сбор, распределение и выплата такого вознаграждения осуществляются одной из организаций, управляющих правами производителей фонограмм и исполнителей на коллективной основе. Если этим соглашением не предусмотрено иное, указанное вознаграждение распределяется между производителем фонограммы и исполнителем поровну.

д. Распространение

В Договоре ВОИС об исполнениях и фонограммах сформулированы положения о правах исполнителей и производителей фонограмм на распространение записей. Статья 8(1) Договора гласит:

«Исполнители пользуются исключительным правом разрешать открытую продажу или иные формы передачи в собственность правомерно опубликованных фонограмм».

Статья 12(1) регулирует вопрос о правах производителей фонограмм следующим образом:

«Производители фонограмм пользуются исключительным правом продавать или иным образом передавать в собственность оригиналы и копии своих фонограмм», но в соответствии с Договором это право ограничено принципом исчерпания прав (правом первой продажи). Статьи 8(2) и 12(2) следующим образом регулируют этот вопрос:

«Ничто в данном Договоре не должно ограничивать свободу договаривающихся Сторон в определении условий, если таковые будут, в соответствии с которыми возникает исчерпание прав, указанных в параграфе 1. Исчерпание прав возникает после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или копию фонограммы, разрешенных их производителем».

Российский авторский закон не закрепляет за исполнителями общего *права на распространение записи исполнения*. Это ясно следует из подп. 5 п. 2 ст. 37 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», в соответствии с которым исполнителям гарантируется лишь одна из правовых возможностей, входящих в состав права на распространение, а именно право на сдачу в прокат записи исполнения, причем не любой записи, а только фонограммы.

Объясняется это, видимо, тем, что право на распространение экземпляров записи исполнения возникает у лица, осуществившего с согласия исполнителя воспроизведение записи исполнения, т.е. либо у производителя фонограммы, либо у создателя аудиовизуального произведения. В таком подходе едва ли можно усмотреть ущемление прав исполнителей. Ведь прежде чем распространять запись исполнения, ее необходимо размножить, а контроль над воспроизведением остается за исполнителем, который дает на него свое согласие. Если же записью и воспроизведением записи исполнения исполнитель занимается самостоятельно, то он одновременно становится производителем фонограммы или создателем аудиовизуального произведения, а значит, обладает и правом на распространение записи исполнения.

Что касается производителей фонограмм, то в соответствии с подп. 3 п. 2 ст. 38 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» они осуществляют полный контроль над распространением экземпляров фонограммы. При этом Законом названы два наиболее типичных

способа распространения фонограмм, а именно их продажа и сдача в прокат, которые не исчерпывают собой всех возможностей производителей фонограмм. В равной степени недопустим без их согласия ввод экземпляров фонограмм в гражданский оборот путем обмена, дарения и т.д.

е. Прокат

Прокат фонограмм по сравнению с прокатом видеокассет представляет собой большую угрозу имущественным правам обладателя экономических прав на них. Угроза риска состоит в том, что люди, берущие кассеты на прокат, переписывают их дома для своих нужд. Большинство людей смотрит записанный фильм один раз, любители музыки слушают записанные произведения снова и снова. Поэтому и в Соглашение ТРИПС, и в Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах введены положения, требующие ограничения права проката. В частности, в Договоре ВОИС право решать вопрос о сдаче фонограммы в прокат закреплено за исполнителями и производителями фонограмм. Оба международных документа позволяют государствам-участникам менять существующую систему выплаты вознаграждений за сдачу в прокат такой фонограммы. Так, например, есть системы, в которых взимаемые за прокат деньги поступают в объединения по управлению правами исполнителей и производителей фонограмм, а затем распределяются между ними. Есть и другие системы, в которых определенным налогом облагаются владельцы копировального оборудования и изготовители так называемых чистых компакт-дисков (т.е. не имеющих записи). Другой подход, хотя он и легче реализуется, может не оправдать себя с экономической точки зрения. Чистые компакт-диски могут быть использованы, например, для переписывания на них записей с дисков, взятых на прокат. Хотя не исключено, что они могут использоваться для вполне правомерных целей размещения на них массивов компьютерной информации, когда нужно экономить объемы памяти жестких дисков самого компьютера. И было бы неправильно облагать налогом такое правомерное использование компакт-дисков для того, чтобы иметь возможность платить вознаграждение исполнителям.

Право исполнителя сдавать в прокат опубликованную в коммерческих целях фонограмму с записью исполнения определено в российском законодательстве наименее удачно по сравнению с другими правами исполнителя. Во-первых, исполнитель, строго говоря, обладает не правом на сдачу в прокат фонограммы с записью исполнения, а лишь правом на получение особого вознаграждения за данный вид использования своего исполнения. Право же на сдачу фонограммы в прокат принадлежит производителю фонограммы (подп. 3 п. 2 ст. 38 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»), к которому оно переходит при заключении договора на запись исполнения (постановки) на фонограмму (подп. 5 п. 2 ст. 37 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Поэтому лишь тогда, когда фонограмма создана самим исполнителем, за ним сохраняется право сдавать ее в прокат, хотя при этом он выступает уже в качестве производителя фонограммы.

Во-вторых, совершенно не ясно, кто и в каком порядке должен выплачивать исполнителю причитающееся вознаграждение. Подпункт 5 п. 2 ст. 37 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» отсылает к ст. 39 Закона, которая посвящена совершенно иным видам использования исполнения, записанного на фонограмме, опубликованной в коммерческих целях, и сдачу фонограмм в прокат вообще не регламентирует.

По всей видимости, в Законе допущена ошибка, которую необходимо исправить. Поскольку право на сдачу фонограммы в прокат принадлежит, в сущности, не исполнителю, а производителю фонограммы и реализуется им путем выдачи разрешений конкретным пользователям фонограмм, сдающим их в прокат, вознаграждение за данный вид использования исполнения, записанного на фонограмме, первоначально аккумулируется у производителя фонограммы. Последний в соответствии с подп. 5 п. 2 ст. 37 Закона должен передать часть полученного вознаграждения исполнителю, исполнение которого записано на фонограмме. Поскольку указанная норма сформулирована императивно, отказ исполнителя от причитающегося ему вознаграждения за данный вид использования исполнения был бы недействительным. Что же касается конкретной пропорции, в которой распределяется вознаграждение, полученное от сдачи фонограммы в прокат, то она устанавливается договором на запись исполнения или постановки на фонограмму.

Завершая анализ рассматриваемого права исполнителя, укажем на то, что оно действует лишь в отношении исполнения, записанного на фонограмму. Если исполнение с согласия исполнителя зафиксировано на видеозаписи, правом на сдачу ее в прокат обладает создатель аудиовизуального произведения, который несет обязанность по выплате исполнителю специального вознаграждения за данный вид использования видеозаписи лишь тогда, когда это прямо предусмотрено договором с исполнителем.

ж. Технологические средства и управление правами

Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах содержит положения об управлении правами, в своей сути одинаковые с положениями по этому вопросу, сформулированными в Договоре ВОИС по авторским правам, которые обсуждались выше.

з. Неимущественные права исполнителей

В Римской конвенции не содержится положений относительно неимущественных прав исполнителей. Этот пробел восполняется положениями Договора ВОИС об исполнениях и фонограммах, которые наделяют исполнителя такими неимущественными правами, как право на имя и право на защиту исполнения от искажений и иных посягательств, по своим свойствам сходными с неимущественными авторскими правами, сформулированными в положениях Бернской конвенции. Вместе с тем в отношении некоторых неимущественных прав действуют ограничения объективного характера. Например, ограничения права на имя в случае исполнения симфоническим оркестром музыкального произведения. Здесь нет необходимости в указании имени каждого музыканта в оркестре. Поэтому в Соглашении ТРИПС, в полном соответствии с Бернской конвенцией, также нет требования обязательного соблюдения всех неимущественных прав исполнителей. В этом, как представляется, находит отражение то лоббирование, которое имело место со стороны США в ходе подготовки Соглашения, поскольку именно Соединенные Штаты не вполне соответствуют принятым международным стандартам охраны неимущественных прав. Факт включения положений об охране неимущественных прав исполнителей и производителей фонограмм в Договор ВОИС может затруднить для США присоединение к этому документу.

В Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах», как и в Договоре ВОИС об исполнениях и фонограммах, названы два личных неимущественных права исполнителей, а именно *право на имя и право на защиту исполнения или постановки от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству исполнителя*. Право на имя означает возможность исполнителя требовать, чтобы при любом использовании его творческой интерпретации произведения упоминалось его действительное или вымышленное имя, которое при этом не должно искажаться. Право на имя не может отчуждаться и охраняется бессрочно.

Право на защиту исполнения или постановки от искажения сродни праву автора на защиту репутации, так как обеспечивает доведение исполнения до третьих лиц в его первоначальном виде. Иными словами, любые поправки, изменения, дополнения, которые позволяет делать современная техника, могут вноситься только с согласия исполнителя. Рассматриваемое право, однако, не ограждает исполнителя от подражателей. Например, эстрадный певец, музыкант или актер не могут запретить другим исполнителям заимствовать их манеру и форму исполнения, хотя бы это, по их мнению, наносит вред их репутации.

Наряду с названными личными неимущественными правами исполнитель, безусловно, обладает и *правом авторства* на свое исполнение, хотя закон о нем прямо и не упоминает. Как уже отмечалось, исполнение в отличие от других объектов смежных прав является результатом творческой деятельности, по поводу создания которого вполне возможен спор как между лицами, претендующими на соавторство, так и между действительным создателем исполнения и лицом, выдающим чужое исполнение за свое. Разумеется, такой спор практически может возникнуть лишь тогда, когда исполнение зафиксировано в записи и в известной мере «оторвалось» от своего создателя. Лишь признание за исполнителем особого права авторства способно обеспечить его интерес в том, чтобы все третьи лица считались с фактом создания исполнения именно им, а не каким-либо другим лицом. Конечно, во многих случаях данный интерес может быть защищен с помощью принадлежащего исполнителю права на имя, однако отнюдь не всегда. Например, невозможно опереться на данное право при совпадении имен исполнителей, анонимной записи исполнения и т.п. Сказанное свидетельствует о целесообразности прямого закрепления в законе права авторства исполнителей.

Б. Охрана авторским правом промышленных образцов

Как уже говорилось выше, и Бернская конвенция, и Соглашение ТРИПС открывают возможность для государств-участников осуществлять охрану промышленных образцов либо с

помощью специального патентообразного законодательства, либо с помощью обычного авторского права, либо с помощью комбинации этих двух институтов. С точки зрения обладателя права интеллектуальной собственности охрана промышленных образцов как объектов авторского права имеет свои преимущества и недостатки. К числу преимуществ следует отнести: 1) простоту (не требуется соблюдения формальностей); 2) быстроту (охрана наступает незамедлительно); 3) отсутствие требования новизны; 4) отсутствие требования изобретательского уровня и 5) относительно долгий срок охраны (пожизненный плюс 50 или 70 лет). К основным недостаткам следует отнести: 1) отсутствие охраны против независимого создания похожего или идентичного образца другим лицом и 2) отсутствие (в некоторых странах) охраны полной конфигурации изделия.

Как уже отмечалось, оригинальный внешний вид промышленных изделий по российскому законодательству может охраняться либо в качестве промышленного образца, либо как произведение декоративно-прикладного искусства (ДПИ) или дизайна. Проблеме их соотношения в советской юридической литературе уделено немало внимания, однако так и не было предложено достаточно четких критериев их разграничения. Как представляется, таких критериев и не существует, если только не считать ими закрепленные законом критерии патентоспособности промышленных образцов и последствия, вытекающие из факта регистрации решения как промышленного образца. Иными словами, очень многие изделия, которые отвечают всем признакам произведения ДПИ, могут быть признаны и промышленными образцами. Поэтому речь может идти лишь о рекомендациях в отношении выбора возможных форм охраны конкретного изделия.

Следует подчеркнуть, что ранее действовавшее в СССР законодательство не допускало двойной охраны одного и того же объекта в качестве промышленного образца и произведения ДПИ. Так, в соответствии с Указаниями по составлению и подаче заявки на промышленный образец от 24 января 1985 г. экспертиза не принимала к рассмотрению заявки в отношении объектов, ранее принятых и оцененных в установленном порядке по нормам авторского права как произведения ДПИ. В настоящее время данное ограничение, носившее некорректный характер с точки зрения общих положений авторского права, в законодательстве отсутствует. Это означает, что любое произведение ДПИ, отвечающее установленным в законе критериям патентоспособности, может быть признано промышленным образцом. Такое признание приводит к изменению правового режима объекта, который с этого момента определяется не нормами авторского права, а законодательством о промышленных образцах со всеми вытекающими отсюда последствиями.

В. Охрана топологий интегральных микросхем

Начиная с 70-х годов, ведущие производители интегральных микросхем начали лоббировать вопрос создания отдельной системы охраны топологий. Их аргумент в пользу введения специальной охраны состоял в том, что разработка новой топологии, например, для высокоскоростного микропроцессора, может стоить десятки миллионов долларов, тогда как практически любая топология может быть скопирована за самую незначительную часть этой суммы денег. При этом новой топологии может не хватать признака новизны, необходимого для получения патентной охраны, и она может не вписаться в систему требований, которым должны отвечать предъявляемые авторским правом литературные и художественные произведения.

Многие развитые индустриальные страны ввели специальный правовой институт охраны топологий. Однако принятое законодательство мало используется на практике по ряду причин. Современные производства полупроводников сосредоточены всего в нескольких странах, и мало вероятно, что они будут созданы во многих местах по причине исключительно высоких капиталовложений (примерно миллиард долларов на одно производство), требующихся для таких современных высокотехнологичных производств. Новые топологии живут на рынке лишь два-три года, при этом уже на второй год цены на них резко падают. Последние разработки топологий интегральных микросхем показывают, что основные блоки интегральной микросхемы могут исполняться автоматами. Некоторые компании по производству полупроводников патентуют отдельные части топологий, что в любом случае делает их копирование противоправным актом. Поэтому высокие риски копирования, существовавшие до 70-х годов, к настоящему времени значительно снизились.

Международный договор об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем 1989 г. был ратифицирован только одним государством. Договор был встречен в штыки такими ведущими производителями полупроводников, как Соединенные Штаты Америки и Япония, поскольку в нем содержались положения либерального толка, открывавшие возможность принудительного лицензирования. Объем охраны по национальному законодательству некоторых стран был явно недостаточен в связи с тем, что оно было построено с учетом того уровня техники и технологии, который имелся на момент его принятия. Например, в тексте законов использовался

термин «полупроводники», которым далеко не охватывалось понятие интегральной микросхемы, сделанной из других материалов. В Соглашении ТРИПС была предпринята попытка исправить это положение. В ст. 35 говорится о том, что «государства-участники договариваются обеспечить охрану топологий интегральных микросхем (далее по тексту - топологий) в соответствии со статьями со второй по седьмую (за исключением параграфа 3 статьи 6), статьей 12 и параграфом 3 статьи 16 Договора об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем, и дополнительно обязуются соблюдать следующие положения».

Опущенный параграф 3 ст. 6 — это и есть положение о принудительном лицензировании. Статья 36 Соглашения ТРИПС включает в себя значительный объем охраны, не ограниченной никаким конкретным материалом или топологией:

«Исходя из положений параграфа 1 статьи 37, государства-участники признают противоправными следующие действия, если они совершены без разрешения правообладателя: импорт, продажа или иное распространение в коммерческих целях охраняемых топологий, микросхем, включающих топологии или изделия на базе такой интегральной микросхемы, поскольку оно содержит в себе противоправно заимствованную топологию».

Было бы слишком суровым привлекать к ответственности добросовестного покупателя большого объема какой-либо продукции, в которой была противоправно использована топология. Поэтому законодательством, как правило, разрешается добросовестному покупателю использовать продукцию при условии выплаты разумного гонорара.

Российская Федерация ввела охрану топологий интегральных микросхем в 1992 г., когда был принят Закон РФ от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране топологий интегральных микросхем». Топология интегральной микросхемы как объект правовой охраны представляет собой *зафиксированное на материальном носителе пространственно-геометрическое расположение совокупности элементов интегральной микросхемы и связей между ними*. Материальным носителем топологии выступает кристалл интегральной микросхемы, то есть часть полупроводниковой пластины, в объеме и на поверхности которой сформированы элементы полупроводниковой микросхемы, межэлементные соединения и контактные площадки.

В полном соответствии с Вашингтонским договором об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем 1989 г. российское законодательство предоставляет правовую охрану лишь *оригинальным* топологиям. По общему правилу оригинальной является всякая топология, созданная в результате творческой деятельности автора. При этом топология признается оригинальной до тех пор, пока не доказано обратное. Оригинальность — основной и единственный юридически значимый признак, необходимый для предоставления топологии правовой охраны. Ни время создания, ни выполнение формальностей, по общему правилу, не влияют на само признание топологии объектом охраны, хотя эти обстоятельства и играют известную роль в определении правового режима топологии.

Субъектами прав на топологию являются авторы, их наследники, а также любые физические и юридические лица, которые обладают исключительными имущественными правами, полученными в силу закона или договора. Автором топологии признается лицо, в результате творческой деятельности которого эта топология была создана. Юридическое лицо прав авторства ни при каких обстоятельствах не приобретает и может обладать лишь правом на использование топологии. В случае если топология создана в порядке выполнения служебных обязанностей или по заданию работодателя, что и имеет место в большинстве случаев, субъектом права на использование топологии, по общему правилу, становится работодатель.

Как уже отмечалось, закон не требует от обладателя прав на топологию выполнения каких-либо формальностей. Однако по желанию автора или иного правообладателя топология может быть зарегистрирована на основе явочной системы, то есть без проверки ее оригинальности, в специально созданном для этих целей органе, а именно в Российском агентстве по правовой охране программ для ЭВМ, баз данных и топологий интегральных микросхем (далее — Агентство). Основное назначение *регистрации* состоит в создании условий, облегчающих признание и защиту прав на топологию в случае ее неправомерного использования. Регистрируя топологию, правообладатель не только публично заявляет о своих правах на достигнутый творческий результат, но и официально удостоверяет те признаки, которые отличают его топологию от уже известных.

Другой мерой, призванной в известной мере оградить права на топологию от нарушений или, по крайней мере, облегчить процесс доказывания их нарушения, является помещение на топологии или на изделии, включающем топологию, *предупредительной маркировки*, свидетельствующей о том, что топология охраняется законом и не может быть использована без согласия правообладателя. Уведомление об этом делается в виде выделенной прописной буквы Т («Т», (Т), Т, Т*), даты начала действия исключительного права на использование топологии и информации, позволяющей идентифицировать правообладателя.

В результате создания оригинальной топологии ее автор, а в предусмотренных законом или договором случаях и иные лица, в частности работодатели и заказчики, приобретают ряд *субъективных гражданских прав*. Непосредственные создатели топологий наделяются прежде всего правом авторства и правом на авторское имя. Предполагается, что они, если иное не предусмотрено законом или договором, становятся обладателями и основного имущественного права — исключительного права на использование топологии. Сущность права на использование состоит в исключительной возможности правообладателя по своему усмотрению изготавливать, применять и распространять принадлежащую ему топологию всеми доступными способами и средствами.

Исключительное право на использование топологии носит срочный характер. Статья 10 Закона РФ «О правовой охране топологий интегральных микросхем» ограничивает срок его действия 10 годами, что соответствует сложившейся международной практике. Начало срока действия права на использование топологии определяется по более ранней из следующих дат: а) по дате первого использования топологии, под которой понимается наиболее ранняя документально зафиксированная дата введения в хозяйственный оборот где-либо в мире этой топологии или интегральной микросхемы с этой топологией; б) по дате регистрации топологии в Агентстве.

Правообладатель вправе полностью или частично передавать свои имущественные права на топологию другим лицам. Предоставление разрешения на использование топологии, равно как и полная уступка прав на такое использование, осуществляется на основании гражданско-правового договора. К числу существенных условий данного договора закон относит вопросы об объеме и способах использования топологии, порядке выплаты и размере вознаграждения, а также сроке действия договора. Договор о передаче имущественных прав на топологию может быть заключен в простой письменной форме и по соглашению сторон зарегистрирован в Агентстве. Договор о полной уступке всех имущественных прав на топологию, которая зарегистрирована в Агентстве, подлежит обязательной регистрации в Агентстве.

Нарушение прав авторов топологий и иных правообладателей служит основанием для применения к правонарушителям предусмотренных законом *санкций*. Нарушение личных неимущественных прав чаще всего происходит путем их отрицания или присвоения третьими лицами. Так, право авторства может быть нарушено путем исключения из числа соавторов лица, внесшего творческий вклад в создание топологии, путем выдачи чужой топологии за собственную разработку и т.п. Основными способами защиты личных неимущественных прав являются требования о признании нарушенного или оспариваемого права, о восстановлении положения, существовавшего до нарушения, и о прекращении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения.

Защита имущественных прав потерпевших осуществляется путем пресечения действий, нарушающих их права или создающих угрозу их нарушения, а также путем возмещения убытков. Например, правообладатель может требовать наложения запрета на несанкционированное применение или продажу интегральных микросхем с охраняемой топологией. Что касается причиненных убытков, то они подлежат возмещению в полном объеме, включая не только реальный ущерб, нанесенный потерпевшим, но и упущенную ими выгоду.

Помимо возмещения причиненных убытков по усмотрению суда или арбитражного суда с правонарушителя может быть взыскан штраф в размере 10% от суммы, присужденной судом в пользу истца. Указанный штраф налагается на правонарушителя в случае неоднократного или грубого нарушения прав потерпевшего и взыскивается в доход республиканского бюджета РФ.

Г. Охрана баз данных

Считается, что введение охраны баз данных авторским правом неоправданно, поскольку такой объект практически не является результатом интеллектуальной деятельности. Например, городской телефонный справочник — это просто подборка данных об абонентах телефонной сети, составленная в алфавитном порядке. Договор ВОИС об авторских правах отличается от подобных устоявшихся взглядов и вводит следующее положение:

«Сборники данных или других материалов, сделанные в любой форме и являющие собой результат интеллектуальной деятельности, выразившейся в том, как они составлялись или подбирались, подлежат охране как таковые. Охрана не распространяется на сами данные и материалы и предоставляется без ущерба авторским правам на данные или материалы, входящие в сборник».

Даже если согласиться с тем, что процессу подбора информации не присуще творческое начало, сама по себе работа подобного рода требует значительных материальных затрат. Например, на создание компьютерной правовой базы, включающей данные о законах и подзаконных актах, принятых за последний 100 лет, тратятся большие деньги. В известном смысле обладатель такой

базы данных защищены договорным правом. Если база работает в режиме «on line», пользователь подписывает договор до момента получения кода доступа к базе. С другой стороны, если база данных размещается на компакт-дисках и продается в магазинах, нет никакого практического способа заключать договор с каждым покупателем. Составители базы данных (вне зависимости от ее формы — напечатана она или выпущена на компакт-диске) хотели бы получить охрану своих прав на нее. Поэтому представляется весьма вероятным, что ВОИС разработает самостоятельный международный договор по охране прав на базы данных. Вероятно также, что в этот договор войдут положения Директивы Европейского Совета (март 1996 г.) об охране баз данных. Этой Директивой установлен пятнадцатилетний срок охраны прав на базы данных, которые хотя и не могут быть объектом авторского права, тем не менее, являются результатом затраченных значительных усилий. Пользователи баз данных должны свободно копировать и использовать небольшие по объему части этих баз. Если составитель базы вносит в нее существенные изменения и дополнения, модифицированная база получает охрану на следующие пятнадцать лет.

Под базой данных понимается объективная форма представления и организации совокупности данных (статей, расчетов и т.д.), систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ. В России, как и в большинстве других стран, базы данных по своему правовому режиму приравнены к сборникам. Как и во всяком сборнике, результат творческой деятельности здесь выражается в особом подборе и организации данных, независимо от того, являются ли сами эти данные объектами авторского права.

Вместе с тем в скором времени с учетом принятых Российской Федерацией обязательств по Соглашению о партнёрстве и сотрудничестве с Европейским союзом в России должна быть введена особая правовая охрана и таких баз данных, в создание которых не вложен творческий труд в виде оригинальной подборки или системы расположения информации, но затрачены значительное время и материальные ресурсы. Охрана подобных результатов от копирования представляется вполне оправданной и своевременной. По своей сущности такие базы данных весьма близки к объектам смежных прав, в связи с чем их правовой режим может быть определен примерно таким же образом, как и режим фонограмм и передач эфирного или кабельного вещания.

IX. Товарные знаки

A. Теории охраны товарных знаков

1. Охрана прав потребителя

Патентное и авторское право охраняют права потребителя лишь в косвенной форме, тогда как товарные знаки и знаки обслуживания служат интересам потребителя самым непосредственным образом. Патентное и авторское право стимулируют изобретательство и создание художественных произведений. И каждый потребитель вносит свою лепту в это стимулирование, платя более высокую цену, которую устанавливает на продукт обладатель исключительного права на него, поскольку он пользуется своим монопольным положением. За эту цену потребитель получает немедленный доступ к новой интеллектуальной собственности более высокого качественного уровня. В конечном итоге, по истечении срока охраны авторским или патентным правом, потребитель уже не оплачивает доступа к этой собственности. В отличие от этого товарный знак служит потребителю сразу и непосредственно. Важным аспектом цены товара является возможность для потребителя определить те качества и свойства, которые ему нужны. Производители товара, имеющего товарный знак, сильно заинтересованы в том, чтобы поддерживать высокий стандарт качества. Поэтому, когда потребитель находит товарный знак с нужными ему характеристиками, ему уже не нужно тратить усилия ни на какие дополнительные поиски.

Многие потребители иногда приобретают заведомо пиратскую продукцию, поскольку знают, например, что пиратские компьютерные программы идентичны дорогостоящим оригиналам. Но, как правило, люди стараются избегать товаров с поддельными товарными знаками, поскольку велик риск получения товара плохого качества. К сожалению, в национальном законодательстве многих стран не имеется эффективных мер, используя которые, потребитель, обманутый фальшивым товарным знаком, мог бы защитить свои интересы в суде, поскольку временные и материальные затраты заведомо превзойдут возможную компенсацию. Защиту интересов потребителя могут осуществлять специальные государственные учреждения, которые принимают меры административного и уголовно-правового характера против тех, кто подделывает товарные знаки. Другим важным средством борьбы является судебное преследование нечистых на руку конкурентов.

До недавнего времени проблемам охраны товарных знаков в России уделялось мало внимания в российском законодательстве и в юридической науке. Отношения, связанные с индивидуализацией товаропроизводителей, не имели законодательной регламентации и регулировались лишь малодоступными и зачастую устаревшими подзаконными актами. В условиях гигантского монополизма и господства государственной собственности, с одной стороны, и отсутствия конкуренции и скудости товарного рынка — с другой, забота об индивидуализации производителей и выпускаемых ими товаров была практически ненужной. Следствием этого явилось крайне незначительное по сравнению с масштабами страны число регистрируемых индивидуальных знаков охраны, отсутствие споров о нарушении прав на них в судебной практике, слабая теоретическая разработка проблем, связанных с фирменными наименованиями, товарными знаками и другими аналогичными объектами промышленной собственности.

С переходом к рыночной экономике отношение к указанным объектам стало коренным образом меняться. Рыночный механизм чутко реагирует на реакцию потребителей на производимый товар. Выявленный неудовлетворенный спрос потребителей на тот или иной продукт служит стимулом для развития производства. Имеющийся вакуум быстро заполняется товарами, нужными потребителям. В этих условиях очень важно обеспечить возможность индивидуализации предлагаемых товаров и услуг, в чем в равной степени заинтересованы и производители, и потребители. Гарантируя права на выступление в хозяйственном обороте под собственным индивидуальным именем, на обозначение производимых товаров и оказываемых услуг определенными символами или наименованиями и обеспечивая их защиту в случае нарушения, закон создает необходимые предпосылки для реализации указанной возможности.

Товарный знак и знак обслуживания, которыми маркируются производимые товары и оказываемые услуги, являются активным связующим звеном между изготовителем и потребителем, выступая в роли безмолвного продавца. Наряду с отличительной функцией популярный товарный знак вызывает у потребителей определенное представление о качестве продукции. Являясь своего рода визитной карточкой предприятия, товарный знак обязывает предприятие дорожить своей

репутацией и постоянно заботиться о повышении качества выпускаемой им продукции. Одной из важных функций товарного знака является также реклама выпускаемых изделий, поскольку завоевавший доверие потребителей товарный знак способствует продвижению любых товаров, маркированных данным знаком. На мировом рынке цена изделий с товарным знаком в среднем на 15—25% выше, чем цена анонимных товаров. Наконец, товарный знак служит для защиты выпускаемой продукции на рынке и применяется в борьбе с недобросовестной конкуренцией.

2. Охрана от недобросовестной конкуренции

Законодательство о товарных знаках защищает производителей товаров и услуг от конкурентов, подделывающих их товарные знаки и знаки обслуживания. В отличие от потребителя производитель товара зачастую обладает средствами и стимулами, чтобы в судебном порядке отстоять свои права на товарный знак. В судебном порядке можно не только преследовать простое пиратство, но и решать сложные юридические вопросы, такие, как степень схожести двух товарных знаков. Именно наличие охраны товарного знака побуждает производителей улучшать качество своих товаров, поскольку защита товарным знаком может принести больше зла, чем добра, если знак ассоциируется с низкокачественным продуктом. Например, авиакомпания, с самолетами которой часто происходят аварии, очень быстро потеряет клиентов, которые уйдут к компаниям-конкурентам.

Б. Международная охрана товарных знаков

1. Парижская конвенция

Парижской конвенцией выработано несколько важных базовых принципов в отношении товарных знаков, но при этом она не лишена и серьезных недостатков. Конвенцией вводится национальный режим охраны товарных знаков и правила их регистрации. Приоритет товарного знака устанавливается по дате подачи заявки в стране—участнице Конвенции сроком на 6 месяцев. В Конвенции перечислен ряд ситуаций, в которых участвующие в ней страны могут или должны отказаться от регистрации. При всем этом Конвенция не разрешила всех вопросов. Регистрацию все равно надо осуществлять в каждой из стран, в которых истребуется охрана товарного знака. От стран-участниц не требовалось создания специальной регистрационной системы знаков обслуживания. Конвенцией не предусмотрено требований к эффективной правовой охране товарных знаков и знаков обслуживания.

Парижская конвенция по охране промышленной собственности, уделяющая знакам достаточно большое внимание, содержит ряд важных правил, определяющих принципы их правовой охраны в странах — членах Парижского союза. В частности, Конвенция закрепляет правила о приоритетном сроке при регистрации знаков, составляющем 6 месяцев (п. 1 ст. 4), о независимости товарных знаков в различных странах Парижского союза (ст. 6), о запрещении использования в качестве товарных знаков государственной символики, официальных названий и эмблем международных организаций (ст. 6 ter), о допустимых основаниях отказа в регистрации товарных знаков (ст. 6 quinquies) и др. Однако сама Парижская конвенция не создает механизма международной охраны знаков, так как связывает предоставление охраны с их обязательной регистрацией в странах — членах Парижского союза. Исключение составляют лишь так называемые общеизвестные знаки, которым охрана обеспечивается независимо от регистрации.

2. Мадридское соглашение о международной регистрации товарных знаков

Принятое в 1891 г. в Мадриде Соглашение о международной регистрации товарных знаков было значительным шагом в улучшении ситуации. В соответствии с Соглашением открылась возможность предоставления единого товарного знака для национальной и международной регистрации, который будет признаваться всеми странами-участницами, что в значительной степени поможет снизить стоимость затрат. Но Мадридское соглашение имеет и ряд своих недостатков. Во-первых, когда оно принималось, в большинстве стран регистрация проводилась без изучения знака. И этот факт нашел отражение в ряде положений Соглашения. Прежде всего, в положении о двухэтапном процессе регистрации: сначала на национальном, а затем на международном уровне, которым заявитель из страны, где проводится тщательное изучение знака или требуется его практическое использование до регистрации, ставится в менее выгодное положение. Во-вторых, тот факт, что национальные регистрационные инстанции могут отказать в регистрации только в течение одного года, делает срок, отводимый на изучение знака, слишком

коротким для проведения серьезной работы да еще в условиях большой загруженности. В-третьих, относительно низкая оплата услуг по регистрации в национальной службе не может покрыть расходов на проведение серьезного исследования заявки. В-четвертых, система централизованного оспаривания, когда признание недействительности регистрации в стране первоначальной регистрации имеет последствием недействительность товарного знака во всех странах, удовлетворяет заявителей из тех стран, где знаки часто оспариваются. В связи со всем этим Соединенные Штаты, имеющие самый большой рынок товаров, снабженных товарными знаками, не вступают в Мадридское соглашение.

Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г. в настоящее время является основным международным договором, направленным на преодоление принципа территориальности в охране товарных знаков. Российская Федерация участвует в этом соглашении как правопреемник Советского Союза, который присоединился к нему в 1976 г. Сущность данного Соглашения состоит в том, что товарный знак, зарегистрированный в Международном бюро интеллектуальной собственности (г. Женева), получает в стране, участвующей в Соглашении, такую же охрану, как если бы он был заявлен там непосредственно (п. 1 ст. 4). Это означает, что Мадридское соглашение не создает единого правового режима товарного знака во всех странах-участницах, а лишь облегчает процедуру получения охраны сразу во многих странах, избавляя от необходимости регистрации товарного знака в каждой отдельной стране. С 1 апреля 1996 г. стало возможным получение единого охранного документа, действительного для всех государств — участников Соглашения.

Заявка на международную регистрацию, которая подается через патентное ведомство страны происхождения (ст. 19 Закона РФ о товарных знаках), оформляется по единым правилам и должна быть представлена на бланке, предписанном Инструкцией. Патентное ведомство страны происхождения удостоверяет, что данные, приводимые в заявке, соответствуют данным национального реестра, и указывает даты и номера заявки и регистрации заявки в стране происхождения, а также дату подачи заявки на международную регистрацию. Экспертиза заявок по существу Международным бюро не производится, оно лишь регистрирует заявленные знаки, сообщает об этой регистрации заинтересованным ведомствам и производит публикацию зарегистрированных знаков в издаваемом им периодическом журнале. Патентное ведомство любой страны, участвующей в Соглашении, имеет право в срок, установленный ее национальным законодательством, но не позднее одного года с даты международной регистрации, заявить, что охрана зарегистрированному знаку не может быть предоставлена на ее территории. Такой отказ должен быть мотивированным и может быть сделан только при наличии условий, которые в соответствии с Парижской конвенцией по охране промышленной собственности применяются к знакам, заявленным для национальной регистрации. Международное бюро незамедлительно пересылает патентному ведомству страны происхождения и владельцу знака копию уведомления об отказе в предоставлении охраны. Заинтересованное лицо имеет те же возможности для подачи возражения, как если бы знак был заявлен непосредственно в стране, где было отказано в охране.

В тех странах, от патентных ведомств которых сообщений об отказе в предоставлении охраны не поступило, международная регистрация знака действует в течение 20 лет, независимо от того, какие сроки установлены национальным законодательством. Регистрация может неоднократно продлеваться на период 20 лет, считая с момента истечения предшествующего периода. За регистрацию знаков в Международное бюро уплачиваются международные пошлины, включающие основную пошлину, дополнительную пошлину за каждый класс международной классификации товаров и услуг (МКТУ) сверх трех и добавочную пошлину за каждое расширение охраны. Продление международной регистрации осуществляется путем простой уплаты основной пошлины, а в случае необходимости — дополнительной и добавочной пошлины.

3. Протокол к Мадридскому соглашению

Протокол к Мадридскому соглашению разрабатывался с целью устранения всех указанных недостатков. Протокол ввел положение о международной регистрации на основании национальной заявки, а не национальной регистрации. Он продлил срок исследования заявки до 18 месяцев, увеличил стоимость регистрационных услуг, отменил систему централизованного оспаривания. Ратификация Протокола идет достаточно быстрыми темпами. Среди тех, кто продолжает воздерживаться от подписания, по-прежнему остаются Соединенные Штаты. США удовлетворены всеми основными положениями Протокола. Единственной, но достаточно серьезной для них проблемой остается положение, позволяющее при голосовании принимать как индивидуальные голоса европейских стран, так и голос ЕС. Для политики США принципиально вступление только в те международные договоры, в которых они имеют равное право голоса. Вероятно, что по этому

вопросу будет достигнуто какое-то компромиссное решение и что вслед за подписанием Протокола Соединенными Штатами последует его подписание всеми другими странами.

4. Договор о законодательстве по товарным знакам

Договор о законодательстве по товарным знакам 1994 г. имеет простую, но очень важную цель упрощения и гармонизации законодательства отдельных стран в целях устранения лишних формальностей при подаче заявок на регистрацию товарных знаков и при поддержании их в силе. Ратификация этого Договора также идет быстрыми темпами.

5. Ницкое соглашение о международной классификации товаров и услуг в целях регистрации товарных знаков

Большинство организаций, занимающихся товарными знаками, организуют свои регистрационные реестры в соответствии с международными классификаторами товаров и услуг. В заключенном в Ницце Соглашении установлены стандарты классификации товаров. Во многих странах, включая и те, что формально не стали участниками Соглашения, действует правило, согласно которому в каждой заявке на регистрацию должны указываться индексы класса товара, знак на который заявлен к регистрации.

Как международная регистрация знаков, так и их регистрация на национальной основе не могут эффективно осуществляться без надлежащей классификации тех товаров и услуг, для обозначения которых используются товарные знаки и знаки обслуживания. Поскольку использование национальных классификаций вносит значительные затруднения в сравнение результатов поиска, который проводился в разных странах, международным сообществом выработан на этот счет ряд унифицированных правил, закрепленных международными соглашениями. Важнейшим из них является Ницкое соглашение о международной классификации товаров и услуг в целях регистрации знаков 1973 г., участницей которого является и Российская Федерация. Для участников Мадридского соглашения использование международной классификации товаров и услуг (МКТУ) является обязательным.

6. Соглашение ТРИПС

В Соглашение ТРИПС включен ряд положений, направленных на усиление роли обладателей товарных знаков. В этих положениях находит отражение лоббирование со стороны США и других стран, давших прибежище компаниям, стремящимся активно использовать свои товарные знаки. К числу этих положений относятся: увеличение числа типов символов, которые могут служить товарными знаками; разработка процедур противодействия регистрации и ее отмене; формулирование требования принятия эффективных мер по охране товарных знаков.

Некоторые положения Соглашения приняты в развитие пунктов Парижской конвенции и предусматривают установление такого же режима правовой охраны в отношении знаков обслуживания, какой существует в отношении товарных знаков. В экономически развитых странах сектор оказания услуг в течение ряда лет рос темпами, опережавшими развитие производственного сектора. По мере упрочения благосостояния ограничивается спрос, например на автомобили, поскольку число тех, кто хочет иметь больше одной машины, незначительно. Однако имеется почти неограниченная потребность во многих видах услуг, например таких, как развлекательные или медицинские услуги. Установленная Парижской конвенцией международная система товарных знаков была отражением индустриальной революции в Европе XIX в., основной характерной чертой которой являлся быстрый рост производства товаров. Система была нацелена на то, чтобы обеспечить возможность установления производителя товара. Услуги играли менее значительную роль. В этой сфере трудились частные лица, имевшие свою практику: врачи, дантисты, адвокаты, парикмахеры и т.д. Они были хорошо известны клиентам и поэтому не нуждались в охране знаком обслуживания. Другие виды услуг предоставлялись государственными монополиями, например почтой, телеграфом, железными дорогами. В конце XX в. в сфере услуг появились услуги массового характера. Например «Макдоналдс», как один из проводников индустрии быстрого питания. Более того, многие виды услуг в области связи и перевозок были приватизированы; на смену государственным монополиям в области связи и перевозок пришли многочисленные конкурирующие между собой компании. В связи со всеми этими экономическими изменениями знаки обслуживания не могли более считаться требующими охраны меньшей, чем охрана товарных знаков. Признание этого факта нашло отражение в законодательстве многих стран. Статья 62 (3) Соглашения ТРИПС гласит, что «статья 4 Парижской конвенции (в редакции 1977 года) с

соответствующими изменениями должна применяться и к знакам обслуживания». Таким образом, в будущем знаки обслуживания сравниваются с товарными знаками.

В. Охрана товарных знаков на региональном уровне

На данный момент самой большой регистрационной системой регионального уровня является система Европейского союза. В 1988 г. ЕС выпустил Директиву, направленную на сближение законодательства стран Сообщества по вопросам товарных знаков. По данной Директиве требовалось приведение законодательства отдельных стран в соответствие с международными стандартами. Сделав этот шаг в области гармонизации законодательства, Европа подготовилась к следующему шагу — созданию Европейской системы товарных знаков. Эта система показала значительно более высокую степень интеграции по сравнению с Мадридским соглашением. Соглашение направлено на создание хорошо отлаженного способа проведения международной регистрации товарного знака. Товарный знак ЕС является настоящим международным знаком, зарегистрированным в международном бюро и отвечающим скорее международным, чем национальным юридическим требованиям.

В Европейском Совете создана Служба по гармонизации внутреннего рынка ЕС, которая призвана играть роль бюро по товарным знакам для всего европейского Сообщества. Эта служба выполняет функции обычного регистрационного бюро по товарным знакам. В нее поступают заявки на регистрацию. В ней разработаны процедуры отказа в регистрации, действует апелляционный орган, который принимает жалобы тех, кому в регистрации отказано, и т.д. Решение этого органа может быть обжаловано в Суде первой инстанции и в Суде ЕС. Суды стран ЕС имеют специальную юрисдикцию по рассмотрению дел о нарушении охраны европейских товарных знаков. При рассмотрении дел и вынесении решений суды руководствуются не внутренним правом, а законодательством ЕС о товарных знаках. Система товарных знаков ЕС действует весьма успешно, и число уже зарегистрированных знаков превысило предварительные расчеты. Эта система вполне может стать моделью для создания всемирной системы товарных знаков. Еще одно замечание практического характера: если какой-либо продукт предназначен к продаже более чем в двух европейских странах, будет дешевле зарегистрировать товарный знак в Службе гармонизации внутреннего рынка ЕС, чем в каждой отдельной стране.

Г. Что может быть признано товарным знаком

В ст. 15(1) Соглашения ТРИПС содержится широкое определение того, что может быть признано товарным знаком:

«Любой символ или комбинация символов, служащие для выделения товара или услуги из ряда других товаров и услуг и способные составить товарный знак. Такие символы, в частности словосочетания, включающие личные имена, буквы, числа, фигурные элементы и комбинации цветов, равно как и комбинации символов, могут подлежать регистрации в качестве товарных знаков. Страны-участницы могут, как условие регистрации, выдвигать требование о том, что знак должен восприниматься зрительно».

Как правило, национальным законодательством предоставляется правовая охрана знакам, отвечающим дефиниции, данной в Соглашении ТРИПС. В некоторых странах нет требования о том, что знак должен легко восприниматься зрительно. В США успешно были зарегистрированы в качестве товарных знаков отдельные музыкальные комбинации из нот и даже запахи. Однако, говоря о товарном знаке для общемирового распространения, надо отдавать себе отчет в том, какие риски могут возникнуть, если знак не воспринимается зрительно, ибо в этом случае в некоторых важных странах его охрана может оказаться невозможной.

В российском праве товарный знак (знак обслуживания) определяется как *обозначение, способное отличать товары и услуги одних юридических или физических лиц от однородных товаров и услуг (далее — товары) других юридических или физических лиц* (ст. 1 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»). Чтобы быть признанным товарным знаком, обозначение должно отвечать ряду условий. Прежде всего товарным знаком признается *условное обозначение*, своего рода символ, который помещается на выпускаемой продукции, ее упаковке или сопроводительной документации, и заменяет собой подчас длинное и сложное название (наименование) изготовителя товара. Далее, необходимым условием правовой охраны товарного знака является его *новизна*. При этом российский закон, как и законы многих других стран, закрепляет принцип не абсолютной, а относительной новизны условных обозначений, заявляемых в качестве товарных знаков. Это, в частности, означает, что регистрация того или иного обозначения в качестве товарного знака в каких-либо других странах не

препятствует признанию данного или сходного обозначения товарным знаком в РФ, если иное не вытекает из международных соглашений, в которых участвует РФ. Наконец, обозначение может считаться товарным знаком лишь тогда, когда оно *в установленном законом порядке зарегистрировано*. Российское законодательство не охраняет не зарегистрированные в Патентном ведомстве РФ обозначения, за исключением так называемых общеизвестных товарных знаков, которые охраняются в силу международных обязательств РФ.

Действующее законодательство различает несколько *видов товарных знаков*. По *форме своего выражения* товарные знаки могут быть словесными (оригинальные слова и короткие фразы), изобразительными (разнообразные значки, рисунки, изображения), объемными (оригинальная форма изделий или их упаковки) и комбинированными (сочетающими в себе элементы названных выше знаков).

В зависимости *от числа субъектов*, имеющих право на пользование товарным знаком, различаются индивидуальные и коллективные товарные знаки. Индивидуальный товарный знак — это обозначение, зарегистрированное на имя отдельного предпринимателя. Коллективным товарным знаком является товарный знак союза, хозяйственной ассоциации или иного добровольного объединения предприятий, предназначенный для обозначения выпускаемых или реализуемых ими товаров, обладающих едиными качественными или иными общими характеристиками. Конкретные требования, предъявляемые к коллективным товарным знакам, содержатся в главе 3 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

По *степени известности* товарные знаки подразделяются на обычные и общеизвестные. В качестве обычных товарных знаков выступают любые новые оригинальные обозначения товаров, отвечающие всем критериям охраноспособности. В частности, необходимым условием их признания и охраны является обязательная государственная регистрация обозначения. Общеизвестным товарным знаком признается такое обозначение, которое знакомо широкому кругу потребителей благодаря его использованию для обозначения определенных товаров. Основным смысл выделения общеизвестных товарных знаков заключается в том, что в соответствии со ст. 6bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности таким знакам обеспечивается правовая охрана еще до их регистрации.

Д. Что не может быть признано товарным знаком

1. Знаки, не подлежащие регистрации

В пунктах (1а) и (16) ст. 6 Парижской конвенции изложены требования к странам-участницам о запрещении отдельных видов обозначений в качестве товарных знаков:

(а) Страны Союза договариваются отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать путем соответствующих мер использование без разрешения компетентных властей в качестве товарных знаков или в качестве элементов этих знаков гербов, флагов и других государственных эмблем стран Союза, введенных ими официальных знаков и клейм контроля и гарантии, а также всякое подражание этому с точки зрения геральдики.

(б) Положения, изложенные выше в пункте (а), применяются равным образом к гербам, флагам и другим эмблемам, сокращенным или полным наименованиям международных, межправительственных организаций, членами которых являются одна или несколько стран Союза, за исключением гербов, флагов и других эмблем, сокращенных или полных наименований, которые являются предметом действующих международных соглашений, предназначенных для обеспечения их охраны».

Эта статья дает право правительственным и межправительственным органам запрещать использование их символики в качестве товарного знака и коммерческую эксплуатацию ценности этих символов.

Запрет на использование в качестве товарных знаков государственных гербов, флагов, эмблем и иных официальных символов закреплен п. 1 ст. 6 Закона РФ о товарных знаках. Обозначения, состоящие только из указанных символов, не могут выполнять функции товарных знаков потому, что они имеют официальный характер и так или иначе будут связываться потребителями с носителями этих символов. Кроме того, подобные обозначения способны ввести потребителей в заблуждение относительно происхождения продукции. Вместе с тем официальные символы или их отдельные части могут быть включены в качестве

неохраняемых элементов в товарные знаки, если на это имеется согласие соответствующего компетентного органа или их владельца.

2. Знаки, которым может быть отказано в регистрации

а. Введение

Статьей 6 quinquies Парижской конвенции предусмотрен исчерпывающий перечень типов знаков, которым может быть отказано в регистрации или регистрация которых может быть признана недействительной. В большинстве стран отказ в регистрации получают все или большинство указанных в этом перечне знаков. В статье говорится:

«Товарные знаки, подпадающие под действие настоящей статьи, могут быть отклонены при регистрации или признаны недействительными лишь в следующих случаях:

1) если знаки могут затронуть права, приобретенные третьими лицами в стране, где испрашивается охрана;

2) если знаки лишены каких либо отличительных признаков или составлены исключительно из знаков и указаний, могущих служить в торговле для обозначения вида, качества, количества, назначения, стоимости, места происхождения продуктов или времени их изготовления либо ставших общепринятыми в обиходном языке или в добросовестных и устоявшихся торговых обычаях страны, где испрашивается охрана;

3) если знаки противоречат морали или общественному порядку и, в особенности, если они могут ввести в заблуждение общественность».

Ниже мы остановимся на рассмотрении каждого из указанных оснований для отклонения заявки при регистрации или признания ее недействительной.

В Законе РФ о товарных знаках, как и в законах многих других государств, выделены *абсолютные и иные основания* для отказа в регистрации обозначения в качестве товарного знака. К числу абсолютных оснований отнесены обозначения, не способные выполнять функции товарных знаков, и обозначения, противоречащие публичному порядку и общественным интересам. Обозначения, признание которых товарными знаками может нанести ущерб третьим лицам, относятся к группе обозначений, не регистрируемых по иным основаниям.

б. Нарушение прав третьих лиц

Если имеется уже зарегистрированный полностью идентичный или очень похожий знак по одному и тому же классу товаров или услуг, то по общему правилу отказ получает более поздняя заявка. Подобная охрана распространяется и на общеизвестные в международном масштабе знаки. В ст. 6bis Парижской конвенции говорится:

«Страны Союза обязуются по инициативе администрации, если это допускается законодательством этой страны, или по ходатайству заинтересованного лица отклонять либо признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение со знаком, который по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения уже является в этой стране общеизвестным в качестве знака лица, пользующегося преимуществами настоящей Конвенции, и используется для идентичных или подобных продуктов. Это положение распространяется и на те случаи, когда существенная составная часть знака представляет собой воспроизведение такого общеизвестного знака или имитацию, способную вызвать смешение с ним».

Третьи лица могут иметь права, которые нигде не зарегистрированы. Например, в регистрации должно быть отказано либо она должна быть признана недействительной, если заявленный знак совпадает с названием компании, производящей такой же вид товаров, даже тогда, когда это название не зарегистрировано как товарный знак.

По российскому праву к обозначениям, которые не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков ввиду того, что это нарушало бы права и законные интересы третьих лиц, относятся:

1) *обозначения, которые являются тождественными или сходными до степени их смешения с уже охраняемыми на территории России товарными знаками, наименованиями мест происхождения товара, а также с сертификационными знаками, зарегистрированными в установленном порядке.* При этом название географического объекта, используемое для обозначения товара, разрешается включать в товарный знак в качестве неохраняемого элемента, если данный знак регистрируется на имя лица, имеющего право на использование такого наименования. Например, правом на включение в товарный знак наименований типа

«петербургский», «карельский», «уральский» и т.п. обладают лишь заявители, расположенные в данном населенном пункте или местности;

2) обозначения, воспроизводящие известные на территории Российской Федерации фирменные наименования (или их часть), а также промышленные образцы, принадлежащие другим лицам;

3) обозначения, которые воспроизводят названия известных в РФ произведений науки, литературы и искусства или персонажи и цитаты из них, произведения искусства или их фрагменты без согласия обладателя авторского права или его правопреемников. В данном случае закон ограждает права и законные интересы создателей творческих произведений, расширяя те возможности, которые предоставляет им действующее авторское законодательство. Учитывая, что использование в качестве товарного знака имени популярного персонажа, названия художественного произведения или фрагмента из него способно, с одной стороны, обеспечить владельцу товарного знака получение за счет автора дополнительной прибыли, а с другой стороны, нанести моральный и имущественный ущерб интересам создателя произведения или иного обладателя- авторских прав, закон ставит данную возможность в зависимость от согласия автора или его правопреемников. При этом имеются в виду, конечно, лишь охраняемые произведения. Элементы неохранных произведений, в частности тех, срок охраны которых истек, могут использоваться свободно;

4) обозначения, воспроизводящие фамилии, имена, псевдонимы и производные от них, портреты и факсимиле известных лиц без согласия таких лиц, их наследников, соответствующего компетентного органа или высшего законодательного органа страны, если эти обозначения являются достоянием истории и культуры РФ. Вводя подобное ограничение, Закон РФ о товарных знаках охраняет личные неимущественные интересы и достоинство деятелей культуры и искусства, политиков, популярных лидеров и т.д. Поскольку использование их имен для обозначения товаров услуг способно оказать существенное влияние на их репутацию, это допускается делать лишь с их согласия. Интересы умерших лиц охраняются их наследниками. После смерти наследников, а также при отсутствии таковых использование в качестве товарных знаков имен лиц, внесших заметный вклад в историю и культуру России, может быть санкционировано компетентными органами РФ.

в. Отсутствие различительной способности знака

Товарный знак должен быть узнаваемым потребителем как знак определенного товара на определенном рынке. Например, чистый ярлык не может быть товарным знаком, потому что не содержит указаний на конкретного производителя.

Строго говоря, из-за отсутствия различительной способности не охраняются и другие обозначения, не способные выполнять функции товарных знаков и знаков обслуживания. В данном случае отсутствие у обозначения различительной способности понимается в более узком смысле, а именно как отсутствие у обозначения признаков оригинальности и индивидуальности. На практике не обладающими различительной способностью чаще всего признаются обозначения, состоящие только из отдельных букв и сочетаний букв, не обладающих словесным характером. Как правило, среди таких обозначений преобладают аббревиатуры однотипных предприятий, совпадающих по своему фонетическому восприятию. Например, не было признано товарным знаком обозначение в виде буквы «Б», заявленное Брестским электроламповым заводом. По этой же причине отклоняются заявки на регистрацию в качестве товарных знаков обозначений, состоящих из обычных геометрических фигур, линий, чисел, простых изображений товаров и их наименований и т.п. Однако если подобное изображение является оригинальным или стилизованным, его регистрация в качестве товарного знака вполне возможна. Кроме того, правовая охрана в качестве товарных знаков предоставляется таким элементарным обозначениям, которые в силу их длительного и интенсивного использования фактически приобрели различительную способность, став общеизвестными знаками (например, BMW). Не регистрируются в качестве товарных знаков реалистические или схематические изображения товаров для обозначения этих товаров, трехмерные объекты, форма которых обусловлена исключительно функциональным назначением, и т.п.

г. Декриптивные (описательные) знаки

В соответствии с Парижской конвенцией могут быть отклонены или признаны недействительными знаки, если они «составлены исключительно из знаков или указаний, могущих служить в торговле для обозначения вида, качества, количества, назначения, стоимости, места происхождения товара или времени их изготовления». Если позволить одному производителю получить исключительное право на подобный знак, это исключит его конкуренцию с другими

производителями, имеющими на рынке товары с такими же качествами.

Обозначения, указывающие на вид, качество, количество, свойства, назначение, ценность товара, а также на место и время его производства и сбыта составляют объективную характеристику изделия и не способны его индивидуализировать. Кроме того, данные о товаре не способны быть объектом исключительного права только одного конкретного производителя, а могут использоваться любым заинтересованным лицом, выпускающим товар такого же вида и качества. Примерами подобных обозначений служат словесные знаки «Elegant», «Primat», «Premier» и др. Например, Госкомизобретений СССР в свое время отказал в регистрации словесного товарного знака «DRY&Natural», заявленного американской фирмой, поскольку было справедливо признано, что он не обладает отличительными признаками и носит описательный характер, так как в переводе на русский язык означает «сухой и натуральный».

Исключение указанных выше обозначений из сферы правовой охраны не препятствует, однако, их использованию в качестве составной части товарных знаков, если они не занимают в них доминирующего положения. Но при регистрации товарного знака указывается, что такие обозначения исключаются из сферы охраны, если они композиционно не связаны с другими элементами, или что товарный знак охраняется в целом, без предоставления охраны отдельным входящим в его композицию обозначениям. Исключение из охраны неохраняемых элементов, входящих в состав товарного знака, оформляется в виде специальной записи при внесении товарного знака в Государственный реестр товарных знаков и знаков обслуживания РФ, а также при публикации товарного знака в официальном бюллетене Патентного ведомства.

д. Использование в знаке общепринятых терминов

К обозначениям, не регистрируемым в качестве товарного знака, также относятся общепринятые термины, используемые в живом языке (часто их называют родовыми терминами). Если некая компания получит право на товарный знак такой, как «Whisky», это не позволит другим производителям этого продукта использовать данный термин. Этим будет серьезно ограничена конкуренция, поскольку другие производители уже не смогут продавать свой товар с привычным для покупателей и легко определяемым названием. В результате потери будет нести потребитель, поскольку теряются преимущества конкурентной торговли. Если к регистрации были бы допущены общепринятые термины, обладатели товарных знаков постоянно находились бы в состоянии риска. Например, «аспирин» стал родовым понятием для болеутоляющего средства во многих странах. В результате получилось, что обладатель прав на данный товарный знак в этих странах утратил свои права на него.

Чтобы избежать превращения товарного знака в родовое понятие, обладатель прав на него, как правило, ставит товарный знак вместе с родовым понятием. Например: «Копировальная техника «Хегох». Определенные проблемы возникают со словами, которые изначально указывали на место происхождения. Яркий пример — использование термина «шампанское» в отношении игристых вин. Ниже будет показано, как в Соглашении ТРИПС решается вопрос восстановления охраны подобных родовых терминов.

Российское право среди обозначений, не допускаемых к регистрации, различает: а) обозначения, вошедшие во всеобщее употребление как названия товаров определенного вида; б) обозначения, являющиеся общепринятыми символами и терминами. К первой группе, нередко именуемой «свободными знаками», относятся те, которые вследствие их широкого применения утратили для потребителей различительную способность и воспринимаются как наименования товара определенного вида. Примерами могут служить такие словесные обозначения, как рубероид, нейлон, целлофан, анестезин, новокаин, термос и т.п. Свободные знаки являются всеобщим достоянием и могут использоваться любыми заинтересованными лицами. Попытки отдельных организаций закрепить за собой монополию на их использование поддержки со стороны Патентного ведомства не находят. Так, Таллиннский таксомоторный парк в свое время представил для регистрации в качестве товарного знака шахматную линию, обычно применяемую на такси. Естественно, в регистрации было отказано, так как данный знак уже давно вошел во всеобщее употребление для обозначения такого рода услуг. По этому же основанию Апелляционная палата Патентного ведомства РФ подтвердила решение экспертизы об отказе в регистрации обозначения «аспирин» в качестве товарного знака на имя фирмы «Байер»;

К *общепринятым символам* относятся обозначения, непосредственно указывающие на отрасль промышленности или область деятельности, к которой принадлежат товары и услуги, содержащиеся в перечне товаров и услуг заявки. Примерами таких обозначений могут служить изображения колбы или реторты для предприятий химической промышленности, чаши со змеей для фармацевтической деятельности, швейной иглы и ножниц для предприятий швейной

промышленности и т.п. К общепринятым терминам относятся также лексические единицы, характерные для конкретных областей науки и техники (ампер, радиус, синус и т.п.).

е. Использование наименования места происхождения

Не подлежат регистрации товарные знаки, в которых используются наименования места происхождения товара, поскольку подобное использование стало бы препятствием для других производителей товаров из этих же мест. Эта проблема по характеру схожа с проблемой использования родовых понятий. Например, «Антарктика» — это товарный знак известного бразильского пива. В данном случае не происходит использования места происхождения товара, поскольку всем известно, что в Антарктике нет производства пива. Поэтому регистрация данного товарного знака вполне правомерна.

Товарные знаки весьма схожи с наименованиями мест происхождения товаров. Они совпадают с ними по выполняемым функциям и нередко практически неразличимы по своей внешней форме, поскольку в качестве товарных знаков часто используются названия географических объектов. Их основное различие состоит в том, что товарный знак, в отличие от наименования места происхождения товара, призван связывать свойства и качества товара с конкретным его производителем, а не с особыми свойствами географической среды места производства товара. Если в качестве товарного знака заявляется географическое название или иное обозначение, которое способно создать у потребителей ложное впечатление о месте производства товара, в регистрации такого товарного знака должно быть отказано. Исключения составляют случаи, когда наименование места происхождения товара включается в качестве неохраняемого элемента в товарный знак, который регистрируется на имя лица, имеющего право на использование такого наименования.

ж. Приобретаемая различительная способность

В ст. 15 Соглашения ТРИПС говорится:

«Если знак не обладает различительной способностью, страны-участницы Соглашения решают вопрос о его регистрации в зависимости от способности знака ее обрести в процессе использования».

Рассмотрим, например, три товарных знака, используемых производителями компьютеров — «EPSON», «APPLE» и «DIGITAL». «EPSON» — это совершенно искусственное слово, но оно по своей сути обладает различительной способностью, которая применима к любому виду товаров и услуг. «APPLE» как товарный знак обладает различительной способностью применительно к компьютерным товарам, но служить товарным знаком применительно к яблокам (apple, англ. — яблоко) не может, поскольку это слово используется каждой продающей яблоки компанией. «DIGITAL» — по сути, не может обладать различительной способностью применительно к конкретному производителю электронных цифровых машин (digital переводится на русский, как цифровой). Однако пущенный в практическое использование знак приобрел различительную способность. Когда-то слово «Форд» было распространенной английской и американской фамилией. Но после успешного создания Генри Фордом автомобильной компании, эта фамилия стала идентифицироваться с производителем машин и вполне могла быть зарегистрирована как товарный знак. К сожалению, регистрационные службы слишком плохо оснащены для того, чтобы определять, приобрел ли на практике конкретный знак различительную способность. В службах не хватает персонала и средств, которые нужны для проведения опросов потребителей. Таким образом, в соответствии с законодательством многих стран товарный знак, который находился в практическом обороте в течение определенного периода времени, может быть принят к регистрации, как обладающий различительной способностью.

з. Обозначения, противоречащие общественной нравственности и морали

В соответствии с законодательством многих стран может быть отказано в регистрации знакам с обозначениями, противоречащими по своему содержанию общественной нравственности и морали. Такое препятствие к регистрации сомнительно, кроме случаев, когда существует опасность обмана потребителей. Отказ в регистрации может просто отражать какие-то предубеждения администрации регистрационной службы. Более того, в связи с постоянным изменением морали, такое основание для отказа может привести к нестабильности законодательства о товарных знаках. Представляется, что, по мере развития терпимости во взглядах на мораль и уменьшения роли государства в XXI в. относительно небольшому числу товарных знаков будет отказано в

регистрации по этому основанию.

По российскому законодательству к обозначениям, противоречащим по своему содержанию общественным интересам, принципам гуманности и морали, относятся, в частности, рисунки порнографического характера, оскорбительные надписи, воинствующие или расистские призывы и лозунги и т.п. На практике отказы в регистрации обозначений в качестве товарных знаков по указанным выше соображениям встречаются крайне редко.

и. Знаки, вводящие в заблуждение

Вопрос о знаках, вводящих в заблуждение, особой сложности не представляет. Такой, например знак для алкогольных напитков, производимых не из винограда, а из картофеля, как «Brandyssimo», несправедлив как в отношении потребителей, так и в отношении конкурентов. Государство не только не должно способствовать использованию такого товарного знака, обеспечивая ему правовую охрану, напротив, оно должно по закону о защите прав потребителей преследовать тех, кто этот товарный знак использует. Дело в том, что сам по себе отказ от регистрации товарного знака не служит препятствием для его использования. По законодательству большинства стран факт отказа в регистрации связан с отсутствием охраны прав на него и преследования за их нарушение. В этом отношении США являются исключением, потому что по американскому праву незарегистрированные товарные знаки охраняются законом. Но даже в США суд вряд ли примет к рассмотрению дело о вводящем в заблуждение знаке.

Знак может вводить в заблуждение в вопросе о месте происхождения товара. Духи, имеющие знак «Paris», могут заставить покупателя подумать, что они произведены в столице парфюмерии. Существование этого товарного знака будет принижать силу утверждений других парфюмеров о том, что их товар произведен именно в Париже. Но при этом, напомним, марка пива «Антарктика» никого в заблуждение не вводит, поскольку вряд ли кто-то может подумать о том, что это пиво произведено в Антарктике. Проводя эту мысль дальше, можно сказать, что использование географических названий в качестве товарных знаков допустимо, если товар по своим свойствам не может ассоциироваться с названием, как местом его происхождения. Так, марка пива «Париж», никого не заставит думать, что оно произведено в Париже, поскольку этот город никогда не славился производством пива. Поэтому товарный знак пива «Париж» может быть зарегистрирован во многих странах.

В Российской Федерации не регистрируются в качестве товарных знаков обозначения, являющиеся ложными или способными ввести в заблуждение потребителей относительно товара или его изготовителя. Не подлежат, в частности, регистрации знаки, содержащие вымышленные дату основания фирмы или имя ее основателя, ложные сведения о качествах и свойствах товара, месте его происхождения, полученных наградах и т.п.

к. Функциональные знаки

Охрана товарных знаков как формы интеллектуальной собственности не должна совпадать с патентной охраной. Для получения последней необходимо доказать новизну и изобретательский уровень изобретения. Исключительные патентные права чрезвычайно сильны, но срок их охраны сравнительно недолог, обычно это 20 лет с даты подачи заявки. Было бы неверно предоставлять равные исключительные права и на товарный знак при отсутствии ограничений срока их действия при том, что товарный знак не должен отвечать критериям патентоспособности. Специфическая проблема возникает в связи со свойствами и качеством товара, маркированного товарным знаком. Если разные производители в одной области производства не могут достигнуть уровня конкурентоспособного товара, имеющего товарный знак, то тот, кто им обладает, может претендовать на патентные права. По законодательству многих стран «уникальному» товару может быть отказано в регистрации товарного знака. В 1989 г. была издана Директива ЕС «О сближении законодательства стран—членов ЕС в отношении товарных знаков». Этой Директивой была запрещена регистрация «знаков, которые состояли исключительно из:

- обозначений, непосредственно указывающих на отрасль промышленности, к которой принадлежит товар, входящий в действующий классификатор товаров;
- обозначений, необходимых для получения технического результата;
- обозначений, которые существенно повышают ценность товара».

В регистрации товарного знака в США может быть так же отказано по доктрине, запрещающей функциональные знаки.

Е. Регистрация товарных знаков и экспертиза заявки

1. Соотношение вопросов регистрации и охраны товарных знаков

В подавляющем большинстве стран действует положение о том, что регистрация товарного знака является непременным условием для наступления охраны.

Исключением в этом плане являются Соединенные Штаты Америки, страна, где в соответствии с общим правом и законодательством штатов охраняются и не зарегистрированные, но вошедшие в обиход товарные знаки. Тем не менее даже в этой стране настоятельно рекомендуется товарные знаки регистрировать, поскольку законом в их отношении предусматривается значительно более высокий уровень охраны. В отличие от ситуации с охраной авторских прав, которая автоматически осуществляется без всяких формальностей по всему миру, товарные знаки, как правило, охраняются только в тех странах, где они зарегистрированы, хотя в соответствии с Парижской конвенцией охрана предоставляется общеизвестным знакам даже в тех странах, где они не зарегистрированы. По мере развития международной торговли для компаний, проводящих по всему миру маркетинг своей продукции, становится все более неудобным соблюдать формальности систем регистрации товарных знаков в десятках различных стран. Ситуация усложняется, когда возникает проблема реального становления товара на рынке разных стран. По этой причине ст. 25 Соглашения ТРИПС вводит положение, снимающее требование предварительной регистрации товарного знака:

«3. Страны — участницы Соглашения могут проводить регистрацию знака находящегося в обороте товара. Реальное использование товарного знака не должно быть непременным условием заявки на регистрацию. До истечения трехлетнего срока с даты подачи заявки не может быть отказано в регистрации товарного знака исключительно на том основании, что предполагавшееся использование товарного знака не имело места».

В Российской Федерации обозначение товара признается товарным знаком лишь с момента его государственной регистрации. Регистрацией знаков занимается Патентное ведомство РФ, в компетенцию которого, среди прочего, входит принятие и рассмотрение заявок на товарные знаки, а также выдача соответствующих правоподтверждающих документов. Факт регистрации знака имеет правоустанавливающее значение, поскольку с этого момента заявитель признается его единственным правомочным пользователем.

2. Регистрационные формальности

Договор 1994 г. о законодательстве по товарным знакам имеет целью /прощение процедуры регистрации и устранение излишних формальностей. Договором строго ограничиваются те требования, которые могут предъявляться к заявке на регистрацию. В приложениях к Договору приведены стандартные формы заявок. Все страны, вступившие в Договор, должны принимать к рассмотрению заявки, сделанные по данной форме. Число стран, присоединившихся к Договору, быстро растет. Но вне зависимости от того, присоединилась страна к Договору или нет, есть два основных элемента, которые должна содержать заявка на регистрацию товарного знака. Ими являются образец обозначения знака и перечень товаров или услуг, для которых испрашивается регистрация. Это та основная информация, которая позволяет регистрационному органу провести экспертизу заявленного знака на его соответствие требованиям новизны.

Процедура регистрации товарных знаков в общих чертах урегулирована Законом РФ о товарных знаках и более детально регламентирована Правилами, принятыми Патентным ведомством. Основанием для регистрации товарного знака служит заявка, составленная по установленным правилам. Экспертиза проводится в два этапа: вначале проверяется наличие всех необходимых документов заявки и правильность их заполнения (предварительная экспертиза), а затем заявленное обозначение исследуется на предмет его соответствия требованиям, предъявляемым к товарным знакам (экспертиза по существу). По результатам экспертизы принимается решение о регистрации товарного знака либо об отказе в регистрации. При несогласии заявителя с решением экспертизы он вправе подать возражение в Апелляционную палату Патентного ведомства РФ, затем — жалобу в Высшую патентную палату Роспатента, а в последующем, опираясь на ч. 2 ст. 11 ГК, обратиться в суд.

В случае положительного решения экспертизы Патентное ведомство РФ производит регистрацию товарного знака в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания РФ и выдает заявителю свидетельство на товарный знак.

За подачу заявки, проведение экспертизы, регистрацию и выдачу свидетельства на товарный знак, продление срока действия свидетельства и совершение иных юридически значимых действий,

связанных с товарными знаками, взимаются государственные пошлины, размеры которых определяются Положением о пошлинах за патентование от 12 августа 1993 г.

3. Опубликование, опротестование, отмена регистрации товарных знаков

Крупные компании тратят большие деньги на собственные товарные знаки. Они постоянно обеспокоены тем, что кто-нибудь зарегистрирует знак, похожий на их собственный или полностью идентичный ему. Поэтому они нуждаются в эффективных мерах, способных им помочь выиграть в конкурентной борьбе. Эти особенности рыночных отношений нашли отражение в ст. 15(5) Соглашения ТРИПС, в которой говорится:

«Страны-участницы публикуют заявку на регистрацию каждого товарного знака и либо до, либо сразу после регистрации в разумной форме реагируют на заявления об отмене регистрации. Кроме этого страны-участницы могут предусмотреть процедуры подачи возражений против регистрации товарного знака».

После опубликования информации о заявке на регистрацию товарного знака она размещается частными информационными службами в их компьютеризированных базах данных (например, в такой широко известной базе, как <http://www.thomson-thomson.com/>). За определенную плату эти службы могут уведомлять заинтересованные компании о попытках зарегистрировать сходные знаки. Затянуть процедуры подачи возражений против регистрации или процедуры по ее отмене могут себе позволить лишь крупные, с большими финансовыми средствами компании, ибо у них есть деньги на оплату дорогостоящих юридических и технических экспертиз, которые зачастую определяют успех в этих делах.

Ж. Срок действия права на товарный знак

В отличие от ограничений на срок действия патентного или авторского права сроки действия права на товарный знак могут продлеваться неограниченно. В ст. 18 Соглашения ТРИПС указывается:

«Первичная регистрация товарного знака и каждое новое ее продление должны осуществляться на срок не короче семи лет. Количество продлений не ограничено».

И пока товарный знак служит выполнению своей основной функции идентификации товара как товара определенного производителя, нет причин для прекращения срока его действия. Когда оканчивается срок действия охраны объекта авторским правом и он становится общественным достоянием, каждый может начать ставить пьесы Шекспира, не вступая в долгие переговоры о праве постановки или об уплате авторских гонораров, поскольку срок действия охраны объекта истек. Конкурирующие производители телефонных аппаратов могут также без уплаты вознаграждения авторам изготавливать свою продукцию, поскольку истек срок патентной охраны. При этом в отношении товарных знаков обществу нет пользы от перевода знака в разряд объектов всеобщего использования. Потребители, привыкшие к определенным качествам и свойствам, скажем, кока-колы, будут весьма разочарованы, если разные производители начнут выпускать отличающиеся вкусовыми данными напитки под этой же маркой. По этой причине срок действия товарного знака не ограничивается во времени. Однако если бы срок действия охраны товарного знака продлевался автоматически, то возникла бы проблема с неиспользуемыми знаками, которые будут оставаться в реестрах, мешая другим производителям регистрировать свой товар в этой же нише. Если зарегистрированный товарный знак не использовался никогда или не использовался в течение длительного периода времени, очень мала вероятность того, что новое использование этого знака кем-то другим введет потребителя в заблуждение. Одним из способов очистки реестров от неиспользуемых знаков является правило о периодическом обновлении права на их использование. Это может быть также хорошей возможностью пополнения бюджета регистрационных служб за счет взимания пошлин за продление срока действия охраны товарного знака. В некоторых странах (как еще одна форма избавления реестров от неиспользуемых знаков) требуется письменное подтверждение продолжения использования товарного знака. Статья 19 Соглашения ТРИПС по этому поводу гласит:

«Если для поддержания силы товарного знака требуется продление регистрации, то регистрация может быть отменена только по истечении не менее чем трехлетнего непрерывного периода времени, когда знак не использовался, при условии отсутствия обоснованных причин, по которым обладатель прав на товарный знак им не пользовался и представил соответствующие доказательства. Обстоятельства чрезвычайной силы, которые не

зависят от воли обладателя прав на товарный знак, например, государственные ограничения на импорт или иные требования, предъявляемые к товарам или услугам, охраняемым товарным знаком или знаком обслуживания, должны признаваться в качестве достаточных причин неиспользования знака».

Юридические и физические лица, зарегистрировавшие на свое имя товарный знак, приобретают право на его использование на всей территории РФ в течение десяти лет. При этом указанный срок рассматривается законом лишь в качестве начального периода охраны, который связывается с первичной регистрацией обозначения. В принципе же срок охраны может быть сколь угодно длительным, поскольку действие свидетельства на товарный знак может неоднократно продлеваться в порядке, установленном ст. 16 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

Сущность права на товарный знак состоит в возможности его неограниченного хозяйственного использования для обозначения производимых и реализуемых товаров. Использованием товарного знака считается прежде всего применение его на товарах, для которых он зарегистрирован, и/или на их упаковке. При наличии уважительных причин использованием знака может быть признано также применение обозначения в рекламе, печатных изданиях, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и т.п.

Право на товарный знак является *абсолютным* и *исключительным* субъективным правом. Это означает, что только его владелец обладает монопольной возможностью использовать товарный знак и распоряжаться им, а также запрещать использование товарного знака другими лицами. Использование товарного знака рассматривается законом не только как право, но и как обязанность его владельца. Если товарный знак не используется без уважительных причин в течение пяти лет, его регистрация может быть прекращена досрочно по требованию любого заинтересованного лица.

При использовании товарного знака рядом с обозначением может проставляться *предупредительная маркировка*, указывающая на то, что применяемое обозначение является товарным знаком (М, ТМ, Reg. ТМ и т.п.). Незаконное использование предупредительной маркировки в отношении незарегистрированного в РФ товарного знака, если это деяние совершено неоднократно или причинило крупный ущерб, образует уголовное преступление (ст. 180 УК РФ).

3. Вопросы взаимоотношений работодателя и работника в связи с охраной товарного знака

Сложные взаимоотношения, возникающие между работником и работодателем в области охраны коммерческой тайны, объектов авторского права или объектов патентной охраны, как правило, несвойственны охране товарных знаков. Обычно права на изображение товарного знака, созданного работником в ходе исполнения им его служебных обязанностей, принадлежат работодателю. Главное предназначение товарного знака состоит в том, чтобы дать потребителю инструмент определения товара, производимого работодателем, поэтому использование прав на товарный знак работником только запутывало бы потребителя.

Российское законодательство не закрепляет авторских прав на товарные знаки за их конкретными разработчиками. Обозначения, регистрируемые в качестве товарных знаков, могут отвечать всем требованиям, предъявляемым к объектам авторского права. Однако если их авторы дают согласие на использование созданных ими произведений в качестве товарных знаков, они не приобретают в связи с этим дополнительных прав или преимуществ. Охрана их личных и имущественных интересов ограничивается сферой авторского права, гарантирующего неприкосновенность достигнутого ими творческого результата, который может стать товарным знаком только с их согласия и на согласованных с ними условиях. Но на сам товарный знак как объект промышленной собственности его создатели никаких прав не приобретают.

II. Лицензирование товарного знака

1. Введение

В отношении лицензирования товарного знака возникает несколько важных вопросов

юридического характера. Действующее в отдельных странах законодательство по вопросам лицензирования товарных знаков создавалось на базе различных философских воззрений нескольких школ права. В соответствии с одними взглядами, задача товарного знака — гарантировать потребителю качество товара с тем, чтобы выработать у него доверие к определенной марке. В соответствии с другими взглядами, товарный знак — это указатель имени производителя, который объясняет потребителю, на кого он может жаловаться, когда не удовлетворен качеством товара. Поэтому согласно первой позиции, если обладатель прав на товарный знак разрешает его использование и при этом не контролирует качество товара, он бросает свой товарный знак на произвол судьбы. И вопрос здесь фактически только один: контроль качества товара.

По второй позиции, как правило, требуется обязательная регистрация лицензии на использование товарного знака. Тогда теоретически потребитель может узнать, на кого жаловаться в случае неудовлетворительного качества товара. Поскольку первая позиция, как представляется, основана на более реалистичном предположении о поведении потребителя (когда он просто полагается на качество марки товара), она превалирует над второй позицией, основанной на менее реалистичном предположении о том, что потребитель будет выискивать в реестрах нового обладателя права на лицензионный продукт.

Есть и другие совсем не похожие на указанные, причины, по которым в разных странах требуется регистрация лицензий на товарные знаки. Например, это могут быть подозрения относительно того, что лицензионные пошлины, отчисляемые обладателю прав на товарный знак, служат (когда лицензия не зарегистрирована) способом ухода от валютного контроля и от уплаты подоходного налога. Это могут быть опасения, что лицензии, содержащие ограничительные условия, могут вступить в противоречие с антимонопольным законодательством. Обладатель прав на товарный знак должен внимательно отнестись к соблюдению требований законодательства во всех тех странах, где по лицензии на его товарный знак производится продукция. Вопросом чести в деловой практике является осуществление контроле качества производимого товара с данным товарным знаком, вне зависимости от того, требуют этого положения законодательства или нет. Кроме того, очень важно в тех странах, где требуется обязательная регистрация лицензий на использование товарного знака, соблюдать все необходимые формальности, какими бы неразумными они ни казались-, чтобы не утратить охрану своего товарного знака. Поскольку лицензионное использование товарного знака служит указателем на имя производителя и гарантией качества, принудительное лицензирование представляется неприемлемым, потому что товарный знак не сможет выполнять все указанные функции. По этому поводу в ст. 21 Соглашения ТРИПС указывается, что «не разрешается принудительное лицензирование товарных знаков».

Распоряжение товарным знаком согласно действующему российскому законодательству охватывает собой уступку товарного знака (ст. 25 Закона РФ о товарных знаках) и предоставление лицензии на использование товарного знака (ст. 26).

Уступка товарного знака означает передачу прав на товарный знак его владельцем другому юридическому или физическому лицу в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован. Подобная передача прав может осуществляться как на возмездных, так и на безвозмездных началах и производится на основании гражданско-правового договора. В силу данного договора, владелец товарного знака отказывается от дальнейшего его использования и передает все права на знак приобретателю, который, в СВОЮ очередь принимает на себя все права и обязанности владельца товарного знака и предоставляет отчуждателю встречное удовлетворение, если оно предусмотрено договором. На практике уступка товарного знака обычно обусловлена предстоящей ликвидацией и/или изменением профиля деятельности владельца товарного знака. Либо увязана с уступкой прав на иные объекты промышленно и собственности, например на изобретения или промышленные образцы.

Действующее законодательство содержит лишь одно, но существенное ограничение для совершения подобных договоров. Согласно ч. 2 ст. 25 Закона РФ о товарных знаках уступка товарного знака не допускается, если она может явиться причиной введения в заблуждение потребителей относительно товара или его изготовителя. Хотя указанное ограничение достаточно неопределенно и в принципе позволяет блокировать почти любой договор об уступке товарного знака, его наличие в законе представляется вполне оправданным из-за необходимости охраны прав потребителей, в частности ограждения их от некачественных

товаров. Поэтому, например, если в результате уступки товарного знака, который ассоциировался у потребителей с высоким качеством товаров определенного вида, им начинает маркироваться заведомо низкокачественная продукция, такой договор как вводящий потребителей в заблуждение может быть признан недействительным.

Наряду с уступкой товарного знака его владелец может предоставить право на использование товарного знака другому лицу *по лицензионному договору*. В отличие от договора об уступке товарного знака лицензионный договор предполагает предоставление лицензиату права на использование товарного знака на оговоренный в договоре срок. При этом сам владелец (лицензиар) сохраняет право на знак и несет все обязанности его владельца. Напротив, на лицензиата каких-либо дополнительных обременений, кроме обязанностей, принятых им на себя по лицензионному договору, обычно не возлагается.

Условия лицензионного договора определяются в целом самими сторонами. В частности, они сами решают вопрос о том, приобретает ли лицензиат исключительное право на пользование товарным знаком или нет, самостоятельно определяют размер и порядок уплаты вознаграждения, устанавливают срок действия договора и т.п. Однако законом введено два взаимосвязанных обязательных условия: лицензионный договор должен предусматривать, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия. Указанные требования представляют собой известную гарантию для потребителей, ориентирующихся на уже известный товарный знак. В случае если маркируемые лицензиатом товары будут худшего качества, лицензиар не только вправе, но и обязан запретить дальнейшую маркировку товара переданным по договору знаком. Вопрос о досрочном прекращении лицензионного договора по данному основанию может быть поставлен и другими заинтересованными лицами, в частности государственными органами или общественными организациями по защите прав потребителей.

Закон предъявляет особые требования к форме договоров об уступке товарного знака и передаче права на его использование. Указанные договоры должны совершаться в письменной форме и регистрироваться в Патентном ведомстве РФ. Порядок регистрации определен Правилами регистрации договоров об уступке товарного знака и лицензионных договоров о предоставлении права на использование товарного знака, утвержденными Роспатентом 26 сентября 1995 г. В дальнейшем обязательной регистрации в Патентном ведомстве подлежат изменения, вносимые в уже заключенные договоры. Незарегистрированные договоры об уступке права на товарный знак или о предоставлении права на его использование, а также внесенные в них изменения считаются недействительными. За регистрацию договоров и изменений в них Патентным ведомством взимается пошлина, которая по соглашению сторон может быть уплачена любым из участников договора.

2. Франчайзинг

Франчайзинг — это, как правило, такая форма лицензии на использование товарного знака, которая сопровождается оказанием помощи со стороны обладателя товарного знака (франчайзера) лицу, владеющему предприятием, которое осуществляет свою деятельность на условиях заключенного с франчайзером договора (яркий пример — предприятия быстрого питания). Лицензионные франчайзинговые договоры несколько отличаются от других договоров о лицензировании товарного знака и в их отношении имеются важные вопросы правового характера. Эти договоры носят, как правило, более детализированный характер, уточняя все аспекты взаимоотношений между сторонами. К сожалению, существует множество «хитроумных» мошеннических схем франчайзинга, по которым франчайзер получает деньги по договору, рисуя несбыточные картины баснословных доходов. Поэтому действующие во многих странах законы и различные подзаконные акты, регулирующие соблюдение правил честного ведения бизнеса, направлены на то, чтобы строго соблюдались все обязательства, взятые на себя франчайзером в отношении будущего франчайзи. Вторая проблема связана с тем, что инвестиции, вкладываемые в новое предприятие, служат, главным образом, поддержанию доброй воли франчайзера, а отнюдь не поддержке самого предприятия. По этой причине в ряде стран действует ограничение на право франчайзера отказывать в продлении срока действия договора, несмотря на то, что такое ограничение идет вразрез с общими принципами свободного рынка.

В российском праве специальные правила о договоре франчайзинга, который официально

именуется *договором коммерческой концессии*, появились относительно недавно, с принятием части второй Гражданского кодекса **РФ**. Эти правила разработаны с учетом мирового опыта правового регулирования того комплекса отношений, который возникает в связи с предоставлением одним предпринимателем (правообладателем) другому (пользователю) права выступать в обороте под коммерческим именем правообладателя. Для этого пользователю предоставляется возможность использовать в своей хозяйственной деятельности комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, и в первую очередь — прав на средства индивидуализации правообладателя, включая и право на товарный знак.

С учетом того, что договор коммерческой концессии создает реальную опасность введения третьих лиц, в особенности потребителей, в заблуждение относительно личности лица, продающего им товары или оказывающего услуги, закон уделяет особое внимание защите их законных интересов. Правила ГК, посвященные этим вопросам, носят императивный характер и не могут быть отменены или изменены соглашением сторон. Так, в соответствии с ч. 8 ст. 1032 ГК пользователь обязан информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует фирменное наименование и другие средства индивидуализации в силу договора коммерческой концессии. Конкретных форм такого информирования Кодекс не устанавливает, так как они зависят от характера и особенностей деятельности, осуществляемой пользователем. Но само указание на необходимость использования «наиболее очевидного» для потребителей способа информирования показывает, что на пользователя возлагается бремя ответственности за любое вольное или невольное введение потребителей в заблуждение по поводу прав на пользование фирмой.

Целям защиты интересов потребителей служит и ряд других правил, в частности о субсидиарной ответственности правообладателя по предъявленным к пользователю претензиям о качестве товаров (работ, услуг) (ст. 1034 ГК), о праве и обязанности правообладателя контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии (ст. 1031 ГК), и др.

Договор коммерческой концессии может заключаться на любой оговоренный сторонами срок либо без указания срока. В связи с тем, что пользователи вкладывают собственные силы и средства в продвижение фирменных наименований правообладателей на рынке, за теми из них, кто надлежащим образом исполнял свои обязанности по договору, закрепляется преимущественное право на заключение договоров на новый срок на тех же условиях.

Особые требования предъявляются законом к форме заключения и прекращения договора коммерческой концессии. Согласно ст. 1028 ГК он должен быть заключен в письменной форме, причем при несоблюдении этого требования договор считается ничтожным. Помимо этого договор подлежит регистрации в органе, осуществившем государственную регистрацию правообладателя. Если правообладатель зарегистрирован в иностранном государстве, регистрация договора коммерческой концессии осуществляется органом, осуществившим государственную регистрацию пользователя.

К. Права владельца товарного знака

1. Как помешать другим лицам использовать товарный знак

Право препятствовать другим пользоваться товарным знаком или знаком обслуживания на сходные товары или услуги является одним из наиболее важных прав его правообладателя. В ст. 16 (1) Соглашения ТРИПС говорится:

«Субъекты прав на зарегистрированный товарный знак имеют исключительное право ходатайствовать о запрещении третьим лицам, не имеющим согласия правообладателя, использовать в коммерческой практике идентичные или сходные знаки на товары или услуги с товарами или услугами, в отношении которых и был зарегистрирован товарный знак, если подобное использование способно вызвать их смешение. Способность вызвать смешение использованием похожих знаков на похожие товары или услуги предполагается сама собой. Вышеуказанное право должно использоваться без ущерба ранее возникшим правам и не должно влиять на возможность стран-участниц предоставлять права на товарные знаки, возникшие в практике их использования».

Самым ярким примером нарушения прав обладателя товарного знака, конечно, является

использование аналогичного знака на аналогичный товар. Такое использование часто носит название «подделывания товарного знака». Товарные знаки должны быть охвачены охраной не только от прямых подделок. Она должна быть шире и распространяться также и на похожие знаки. При этом ответа требует вопрос о способности вызывать смешение, а именно: схожи ли знаки и товары в такой степени, что это введет значительное число потребителей в заблуждение и они перепутают знаки.

2. Меры против «размывания» товарного знака

Статья 16 (3) Соглашения ТРИПС содержит положения, касающиеся вопросов охраны товарных знаков от их «размывания». Статья гласит:

«Статья 6bis Парижской конвенции (с дополнениями 1977 года) применяется также к товарам и услугам, не похожим на те, в отношении которых зарегистрирован знак, при условии, что использование данного товарного знака в отношении непохожих товаров или услуг будет служить указанием на наличие связи между этими товарами и услугами и правообладателем на зарегистрированный товарный знак и что при этом возможно причинение ущерба интересам правообладателя».

Концепция «размывания» товарного знака возникла в Англии в связи с делом, в котором владельцы известного товарного знака «KODAK» выиграли по иску против компании, производившей велосипеда «KODAK». Но наибольшее развитие эта концепция получила в США. После введения соответствующего положения в Соглашение ТРИПС она распространяется и по всему миру. Специалисты часто говорят о двух разновидностях «размывания» товарного знака: о так называемой «утрате блеска» и о «запятнании репутации». В США рассматривалось одно дело, в котором производитель инсектицидов использовал слова, сходные с теми, что были использованы в известном товарном знаке пива, чем ослабил блеск знака. И хотя покупатели, конечно, знали разницу между ядом для тараканов и пивом, реклама товаров компании, производящей инсектициды, могла бы вызвать подсознательную ассоциацию яда с пивом. Был целый ряд дел о случаях «размывания» знака, когда в Интернете открывался сайт одной компании, носящий имя другой хорошо раскрученной фирмы. И даже несмотря на то, что в сайте не было никаких негативных упоминаний об этой фирме, слава известной марки «размывалась». И фирма смогла успешно добиться запрещения использования своего имени в Интернете.

Борьба с «размыванием» вступает в прямое противоречие с практикой регистрации товарных знаков и знаков обслуживания на целые категории товаров и услуг. Следующие виды противоречий сразу возникают между двумя товарными знаками, регистрируемыми в отношении различных категорий товаров, когда:

- 1) более молодой (т.е. позднее зарегистрированный) знак становится известным, тогда как зарегистрированный раньше — нет;
- 2) ранее зарегистрированный знак становится известным, более молодой — нет;
- 3) оба знака становятся известными.

Решения этой проблемы пока не найдено, и есть вероятность, что в судебной практике разных стран она будет решаться по-разному.

3. Использование необремененного знака

Некоторые страны стараются защитить свои внутренние интересы за счет введения ограничений на использование всемирно известных марок, требуя, например, сопрягать в названии местную и мировую марки. Однако в ст. 20 Соглашения ТРИПС говорится:

«Использование в торговле товарного знака не должно безосновательно обременяться специальными требованиями, такими, как требование использовать знак в сочетании с другим, использовать знак в особой форме или манере, вредной для его различительной способности относительно одних товаров или услуг от других. Этим не исключается требование, предписывающее использование товарных знаков, способствующих определению их производителей и различению их от других товаров или услуг».

В некоторых случаях может возникнуть конфликт между законодательством о товарных знаках и законодательством об охране окружающей среды или охране исторических памятников. Например, сеть ресторанов может иметь свой товарный знак в виде какого-то уродливого изображения или обозначения. Статью 20 Соглашения ТРИПС не следует понимать как

запрещающую государственным органам удалять огромные уродливые знаки из исторических районов городов. Ограничение на использование таких знаков не носит дискриминационного характера, а потому нормальный контроль над знаками с точки зрения законодательства вполне допустим.

Л. Ограничение прав владельца товарного знака

Права обладателя товарного знака не являются неограниченными. В ст. 17 Соглашения ТРИПС говорится:

«Страны-участницы могут вводить изъятия из объема прав обладателей товарного знака, касающиеся использования описательных элементов знака, при условии, что такие изъятия делаются с учетом законных интересов правообладателя и третьих лиц».

Как правило, ограничения прав либо вводятся законодательством о товарных знаках, либо они рождаются судебной практикой и касаются в основном описательных элементов знака, знаков на «частично утратившие свойства товары» и использования знаков в рекламе сравнительного характера.

1. Использование товарных знаков применительно к товару, частично утратившему свои свойства

Если розничный торговец продает настоящие товары, он свободно может использовать их товарный знак в своей рекламе. И, как правило, владельцы прав на товарный знак против этого не возражают, поскольку рост объема продаж означает увеличение прибыли производителя. Вопросы возникают, когда речь идет о товарах не того качества, если это поврежденные или подержанные товары. Международное право в области товарных знаков не дает четкого ответа на вопрос, может ли оригинальный товарный знак использоваться в таких ситуациях.

2. Использование товарных знаков в рекламе сравнительного характера

В прошлом некоторые страны запрещали использование товарных знаков даже в правдивой рекламе сравнительного характера. Например, несмотря на справедливость оценок, производителю пленок «Fujifilm» запрещалось писать в рекламе что «цвета пленок «Fujifilm» ярче, чем цвета пленок «Kodak». Постепенно пришло понимание того, что подобные запреты носят антипотребительский характер, потому что лишают потребителя возможности получить важную информацию о сравнительных качествах товара и о ценах на них. В некоторых странах запреты на сравнительную рекламу породили судебные дела, которые рассматривали подобные запреты как нарушения конституционных гарантий на свободу слова. В 1977 г. Комиссия ЕС приняла Директиву, разрешающую широкое использование сравнительной рекламы. Эта Директива означает, что страны, входящие в ЕС, должны будут изменить свое законодательство, чтобы легализовать сравнительную рекламу. Но в то же время эта резолюция потребует и введения определенных ограничений. Так, Директивой запрещается реклама, дискредитирующая или очерняющая товары конкурента, а также запрещается реклама товара, который представляет собой имитацию товара конкурента. Таким образом, сравнительная реклама будет более свободной, чем раньше, но не такой свободной, как в США, где не существует ограничений на использование товарного знака конкурента в правдивой рекламе сравнительного характера. Существование таких отличающихся национальных подходов к вопросу о сравнительной рекламе может создать серьезные проблемы для тех компаний, которые хотят использовать товарный знак конкурента в своей рекламной кампании мирового масштаба.

М. Гражданско-правовые средства охраны товарных знаков

1. Доказывание нарушения права на товарный знак

В гражданских исках по вопросам нарушения прав на товарный знак правообладатель должен доказать, что ответчик использовал тот же самый или похожий знак на такие же или аналогичные товары таким образом, что это вполне может вызвать их смешение. Выше уже

говорилось о том, что Соглашением ТРИПС предусматривается презумпция смешения при использовании одинаковых знаков на одинаковые товары. Сложность в доказывании нарушения возникает в тех случаях, когда товарный знак, сам товар или они оба похожи, но не идентичны. Законодательство о товарных знаках может содержать перечни факторов, которые должны приниматься во внимание в таких случаях. В некоторых странах определение таких факторов происходит на основании судебного толкования и прецедентов. Например, в США в судебных решениях, содержащих толкование Федерального акта о товарных знаках, указывается перечень обстоятельств, которые подлежат рассмотрению: 1) юридическая сила товарного знака истца, 2) сходство между двумя знаками, 3) сходство товаров, 4) вероятность того, что первый правообладатель на товарный знак заполняет данную товарную нишу, 5) реальность смешения знаков, 6) добросовестность намерений обладателя второго знака в его использовании, 7) качество «более молодого товара», 8) потребительский опыт покупателей и 9) сравнение ущерба, который может быть причинен сторонам, если использование второго знака не будет запрещено. Все перечисленные факторы, за исключением фактора реальной возможности смешения знаков, не являются прямыми методами выявления возможности смешения знаков. Более прямой метод, используемый в некоторых странах, состоит в научном социологическом обследовании репрезентативных групп потребителей. Результат, показывающий значительный процент смешения знаков покупателями, является достаточным свидетельством реальной угрозы смешения знаков. И наоборот, если никто или малое количество опрошенных будет введено в заблуждение схожестью знаков, значит, угрозы их смешения нет. Данные таких опросов куда более убедительны, нежели анекдотические истории об отдельных покупателях.

Согласно п. 2 ст. 4 Закона РФ о товарных знаках *нарушением прав владельца товарного знака* признается несанкционированное изготовление, применение, предложение к продаже, продажа, иное введение в хозяйственный оборот или хранение с этой целью товарного знака или товара, обозначенного этим знаком, или обозначения, сходного с ним до степени смешения, в отношении однородных товаров. Как видим, закон указывает лишь на наиболее типичные виды нарушений прав на товарный знак. Их объединяющим признаком является введение товарного знака или товара, обозначенного этим знаком, в хозяйственный оборот. Если такой цели лицо, использующее товарный знак или товар, маркированный знаком, не преследует, его действия нарушения не образуют. Так, например, само по себе хранение товара, маркированного чужим товарным знаком, когда хранитель лишь предоставил складские помещения для хранения товара, который собирается пустить в оборот другое лицо, нарушением прав владельца товарного знака со стороны хранителя не является. Напротив, если хранение продукции с товарным знаком, используемым без разрешения его владельца, осуществляется с целью введения такой продукции в хозяйственный оборот, оно признается нарушением прав на товарный знак.

Нарушением прав владельца товарного знака является как несанкционированное использование третьими лицами тождественного обозначения товаров, так и использование обозначений, сходных с зарегистрированным товарным знаком. *Тождественным* признается обозначение, которое во всех своих элементах совпадает с уже известным товарным знаком и при этом относится к одному и тому же классу товаров независимо от различия в их перечне. Обычно установление тождественности обозначений не вызывает больших затруднений.

Гораздо сложнее решается данный вопрос тогда, когда речь идет о *сходных обозначениях*. В самом Законе РФ о товарных знаках лишь указывается на недопустимый уровень близости заявляемого обозначения к уже известному — наличие между ними сходства до степени смешения (ст. 7). Согласно п. 14.4.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением, если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на их отдельные отличия. Хотя данное указание носит в значительной мере абстрактный характер, оно все же вносит некоторую ясность. В частности, очевидно, что совпадение отдельных элементов обозначений само по себе не может служить причиной отказа в регистрации товарного знака. Поскольку товарный знак ориентирован прежде всего на потенциальных покупателей товара, оценка сходства обозначений должна производиться не с профессиональных позиций, например с позиции дизайнера, художника, графика и т.п., которые способны отметить мельчайшие различия, а с точки зрения простого покупателя (потребителя), который не имеет специальных знаний и навыков в соответствующей области.

Иными словами, экспертные решения должны приниматься с учетом среднего уровня подготовки и развития потребителей в конкретной стране. При этом задача сравнения двух образов исходя из среднего уровня знаний лишь внешне является простой. На самом деле путь от субъективного мнения до объективного подхода лежит через системный анализ решений экспертизы в течение десятилетий.

На практике оценка степени сходства обозначений проводится с учетом ряда факторов, отраженных в Правилах составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания. Так, например, при сравнении словесных обозначений выявляется звуковое (фонетическое), графическое (визуальное) и смысловое (семантическое) сходство.

Выявленные в ходе сравнения тождество или сходство до степени смешения охраняемого в России товарного знака и используемого третьим лицом обозначения не служат, однако, безусловными основаниями к признанию факта нарушения прав владельца товарного знака. Нарушением считается лишь использование тождественного или сходного до степени смешения символа для обозначения однородных товаров. Это, в частности, означает, что обозначение, давно применяемое для маркировки товаров определенного вида, по отношению к другим товарам может обладать новизной. Поэтому важным моментом при исследовании вопроса о нарушении права на товарный знак выступает сопоставление товаров, по отношению к которым используется тождественное или сходное до степени смешения обозначение. При установлении однородности товаров, разумеется, принимается во внимание подразделение товаров (работ, услуг) на важнейшие родовые и видовые понятия, закрепленное действующей Международной классификацией товаров и услуг (МКТУ). Однако решающее значение придается существованию принципиальной возможности возникновения у потребителя представления о принадлежности соответствующих товаров одному и тому же производителю. При этом принимаются во внимание род (вид) товаров, их назначение, вид материала, из которого они изготовлены, условия сбыта товаров, круг потребителей и другие признаки.

2. Доказывание «размывания» товарного знака

В исках по делам о «размывании» товарного знака закон, как правило, требует от истца доказывания того, что его товарный знак — это известная марка. Выше уже говорилось, что «размывание» знака возникает, когда у потребителей смешиваются представления о производителе товара истца и товара ответчика, даже несмотря на то, что это совершенно разные товары. Но если марка товара истца не является известной, то маловероятно, что потребитель, увидев товарный знак ответчика, спутает производителей.

3. Судебный запрет на использование товарного знака

В судебных процессах по вопросам использования товарных знаков одна из основных задач истца состоит в том, чтобы остановить использование знака ответчиком. В ст. 44 (1) Соглашения ТРИПС говорится, что «судебные власти полномочны принять постановление, предписывающее одной из сторон воздержаться от совершения нарушения...» Во многих странах судебные тяжбы могут тянуться годами до вынесения окончательного решения. За это время обладатель прав на товарный знак может понести серьезные убытки. И поэтому в Соглашение введено положение о применении временных мер, которые могут приостановить появление в торговле незаконного товара. Однако действие временных мер неэффективно в отношении пиратских товаров с фальшивыми товарными знаками. Торговцы такими товарами (особенно с лотков) просто погрузят их в машины, увезут и спрячут. Поэтому авторы Соглашения включили в него положение о том, что временные меры могут приниматься без уведомления той стороны, в отношении которой принято решение об их введении, особенно в тех «необходимых случаях, когда промедление может причинить непоправимый ущерб правообладателю либо когда существует реальный риск того, что могут быть уничтожены доказательства нарушения». В целях защиты нарушителя от произвола в Соглашение включено положение, гласящее, что «судебные власти имеют право требовать от истца, чтобы он привел разумные доказательства, с достаточной степенью убедительности показывающие, что именно он является законным правообладателем и что нарушены его права или что есть угроза их нарушения, а также потребовать от него гарантий обеспечения имущественных интересов ответчика, достаточных для защиты и для предупреждения произвола». Может случиться так,

что в некоторых странах указанные меры могут оказаться недостаточными для обеспечения справедливости судебных решений.

Сохраняется возможность того, что предполагаемый нарушитель, подвергнутый временным мерам, сможет доказать свою невиновность. Поэтому в Соглашение также включены положения, направленные на защиту прав ответчика. Суд может потребовать приведения истцом более веских доказательств в свою пользу и предоставления более надежных гарантий обеспечения имущественных интересов ответчика до вынесения постановления о принятии временных мер. Если решение о временных мерах принято без вызова в суд предполагаемого нарушителя прав обладателя товарного знака, он имеет право на незамедлительное поставление его в известность о вынесенном решении и право на представление своих объяснений суду в кратчайшие сроки. Суд имеет право вынести решение о компенсации в случае, когда временные меры были приняты при отсутствии совершения правонарушения или его угрозы со стороны ответчика.

Требование о прекращении дальнейшего незаконного использования товарного знака является наиболее распространенным способом защиты, вытекающим из нарушения права на товарный знак. По смыслу российского закона данное требование может быть заявлено и в целях предотвращения готовящегося правонарушения, когда, например, незаконно маркированный чужим товарным знаком товар лишь готовится к реализации или ввозу на территорию охраны. Судебная практика свидетельствует о том, что иски о пресечении незаконного использования товарного знака могут быть предъявлены к нескольким ответчикам как самостоятельно, так и в рамках одного дела, но каждый из них отвечает за свои неправомерные действия по введению товара, маркированного товарным знаком, в хозяйственный оборот. Так, часовой завод обратился в арбитражный суд с иском о пресечении нарушения прав на товарный знак к комиссионному магазину, выставившему на продажу часы, маркированные товарным знаком, принадлежащим заводу. Возражая против иска, ответчик сослался на то, что он не является изготовителем часов, а только занимается их реализацией. Поэтому, по его мнению, ответственность перед часовым заводом должен нести не он, а производитель данных часов, который незаконно маркировал их чужим товарным знаком. Суд с данным доводом ответчика не согласился, указав, что действия производителя часов и комиссионного магазина представляют собой самостоятельные нарушения прав владельца товарного знака, и последний решает сам, к кому из нарушителей он предъявляет иск.

К указанному способу защиты близко примыкает требование об удалении с товара или его упаковки незаконно используемого товарного знака или обозначения, сходного с ним до степени смешения, либо уничтожении изготовленных изображений товарного знака или обозначения, сходного с ним до степени смешения. Иногда, однако, сделать это невозможно без причинения существенного вреда самому товару. Представляется, что по смыслу закона в этом случае подлежит уничтожению (переработке) сам товар.

Что касается мер обеспечительного характера, то, хотя Закон РФ о товарных знаках о них специально не упоминает, для их применения судом (например, для наложения ареста на изделия, незаконно маркированные чужим товарным знаком) нет никаких препятствий с учетом возможностей суда, предусмотренных процессуальным законодательством.

4. Возмещение ущерба

Нарушение прав на товарный знак может причинить различные виды убытков его обладателю. Правообладатель может понести убытки, а нарушитель его права незаконно обогатиться. В случае продажи правонарушителем товаров низкого качества может быть нанесен вред деловой репутации правообладателя. Потеря репутации может повлечь за собой снижение оборота и потребовать больших расходов на рекламу для восстановления репутации. Все эти убытки подлежат возмещению.

В тех случаях, когда вследствие незаконного использования чужого товарного знака его обладатель понес убытки, он имеет право на их возмещение в полном объеме. Основная трудность здесь заключается в обосновании истцом конкретного размера упущенной им выгоды. В известной степени эту задачу облегчает ч. 2 п. 2 ст. 15 ГК, гласящая, что «если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы».

Н. Меры административного характера

Пиратство в отношении товарных знаков приносит вред и потребителям, и конкурентам. Как уже говорилось, для защиты прав потребителей одних гражданско-правовых мер недостаточно. Недостаточно их и для защиты от конкурентов. Это особенно четко проявляется, когда конкуренты

из офшорных зон занимаются ввозом в страну товаров с пиратскими товарными знаками. Общества по защите прав потребителей считают возможным часть своих средств вкладывать в дело борьбы с обманом потребителей со стороны тех, кто выдает поддельные товарные знаки за настоящие. Важную роль в деле предотвращения ввоза фальсифицированных товаров могут играть таможенные власти. Соглашением ТРИПС предусматривается использование тех же административных процедур по задержанию на границе товаров с поддельным товарным знаком, какие применяются в отношении контрафактной авторской продукции. В п. 14(a) ст. 51 Соглашения фальшивые товары описаны следующим образом:

это «... любые товары, включая и упаковку, носящие без разрешения правообладателя товарный знак, который либо полностью идентичен законно зарегистрированному знаку по данной группе товаров, либо неотличим от него в основных элементах и который тем самым нарушает права его обладателя в данном вопросе по законодательству страны-импортера».

Положения Соглашения ТРИПС о задержании поддельных товаров на границе очень важны, поскольку пиратское использование товарных знаков очень часто осуществляется лицами, действующими из другой страны для того, чтобы избежать контактов с правоохранительной системой.

О. Уголовно-правовые меры охраны товарных знаков

В Соглашении ТРИПС говорится: «Страны-участницы должны применять меры уголовно-правового и уголовно-процессуального характера в случаях умышленной фальсификации товарных знаков... в коммерческих целях». Далее указывается, что «виды наказания должны включать лишение свободы и/или денежные штрафы, размер которых должен быть настолько значителен, чтобы удерживать других от подобных действий, и соразмерен строгости наказаний, предусмотренных за преступления соответствующей тяжести. В нужных случаях должны использоваться такие меры, как арест, изъятие и уничтожение фальсифицированных товаров и любых материалов и оборудования, которые были использованы при совершении данного правонарушения». Включение в Соглашение положения о санкциях уголовно-правового характера — это серьезный шаг по выходу за пределы традиционной ориентации международных договоров исключительно на инструменты гражданского права. Несомненно, что понятия преступления и наказания в разных странах неодинаковы. От страны к стране меняется положение в части возможностей использования сил правоохранительных органов в борьбе с пиратством в отношении товарных знаков. И конечно, будет усиливаться давление со стороны стран — экспортеров интеллектуальной собственности в вопросах преследования пиратства в области использования товарных знаков.

Российское законодательство рассматривает незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров не только в качестве гражданского правонарушения, но и как уголовно наказуемое деяние (ч. 1 ст. 180 УК РФ). Но для квалификации данного деяния как преступления необходимы такие признаки, как неоднократность или причинение крупного ущерба. Субъективная сторона преступления характеризуется прямым умыслом. В качестве возможного наказания предусматриваются штраф в размере от 200 до 400 минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от 2 до 4 месяцев, либо обязательные работы на срок от 180 до 240 часов, либо исправительные работы на срок до двух лет.

Уголовная ответственность может последовать и за незаконное использование предупредительной маркировки в отношении не зарегистрированного в РФ товарного знака или наименования места происхождения товара, если это деяние совершено неоднократно или причинило крупный ущерб (ч. 2 ст. 180 УК РФ).

II. Роль юриста в охране товарных знаков

1. Реестр товарных знаков и план их охраны

Юрист, консультирующий бизнесменов, должен иметь реестр всех существующих товарных знаков и уметь оставлять планы охраны действующих знаков и отмены недействующих. Подобный план должен состоять из нескольких элементов.

Товарный знак должен быть зарегистрирован в тех странах, куда вероятнее всего пойдут маркированные этим знаком товары. Юрист должен составить график подачи необходимых

документов и уплаты пошлин, включая график уплаты пошлин за поддержание знака. Должны быть установлены контакты со службами, осуществляющими мониторинг по товарным знакам в различных странах, с тем, чтобы знать, не предпринимаются ли попытки регистрации идентичных знаков, и быть в состоянии вовремя начать соответствующие защитительные процедуры. Соответствующие меры должны приниматься и в отношении незарегистрированных знаков. В тех странах, где пиратство представляет собой серьезную проблему, следует нанять местные фирмы для отслеживания пиратов и принятия требующихся правовых мер.

Одновременно следует уделять внимание товарным знакам, которые больше не используются. Если есть уверенность, что эти знаки больше не будут нужны, их регистрацию надо отменить, чтобы не тратить средства на ее поддержание. Если велика вероятность их активного использования в будущем, важно организовать необходимое минимальное их использование в настоящем, чтобы поддерживать регистрацию.

2. Выбор товарного знака

Роль юриста является гораздо более важной в деле отбора новых товарных знаков, нежели в других областях появления интеллектуальной собственности. Когда требуется товарный знак для нового продукта (или для старого продукта, которому придается новый «имидж»), обычно отделы продаж и рекламы данного бизнеса (или специально нанятые для этого специалисты) разрабатывают товарный знак, который, по их мнению, даст рост продаж. Как правило, многие из их предложений наталкиваются на препятствия правового характера. Рекламщики любят описательные знаки типа «фантастический вкус», поскольку в нем уже есть свой рекламный посыл. Но такому знаку, скорее всего, откажут в регистрации. Поэтому юрист должен посоветовать не выбирать этот знак.

При выборе знака может понадобиться помощь консультанта-лингвиста. Определенная последовательность букв имеет разное значение в разных языках. В некоторых языках значение может быть смешным или даже неприличным. Так, например, отдел «Chevrolet» компании «General Motors» выбрал товарный знак «NOVA» для своего самого дешевого автомобиля. В английском языке (как может быть, и в других языках) это слово несет смысл «самый новый». Но в испанском языке, втором по употреблению в Северной Америке, «no va» означает «не едет» или «не работает», что вряд ли можно считать удачным товарным знаком для дешевой машины. Если с учетом сказанного просмотреть список предложенных товарных знаков, то его можно значительно сократить, вычеркнув из него сомнительные знаки. Если на знак «покусались» нарушители, следует установить, кто из них был первым, если планируется использовать знак в мировом масштабе, поиск его предыдущего возможного использования надо провести по всему миру.

Если речь идет об использовании знака только в одной стране, поиск ограничится ее пределами.

Процесс поиска — это просто процедура изучения реестров регистрации товарных знаков. В ряде англоязычных стран, и прежде всего в США, правовая охрана распространяется и на незарегистрированные знаки. Во многих странах обладатель «конфликтной» торговой марки вполне может возразить против регистрации товарного знака. Отсюда необходимость охвата поиском и массива незарегистрированных знаков. Юристу следует помнить о статье 6bis Парижской конвенции, в соответствии с которой устанавливается охрана общеизвестных товарных знаков, о которых все знают и без их регистрации. Статья 16 Соглашения ТРИПС содержит очень широкую интерпретацию указанной статьи Парижской конвенции:

«2. Статья 6bis Парижской конвенции должна применяться *mutatis mutandis* и к знакам обслуживания. При определении того, является ли знак общеизвестным, страны — участницы настоящего Соглашения должны принимать во внимание известность данного товарного знака соответствующему слою населения, включая его известность в данной стране, которая была приобретена в результате продвижения этого знака на рынок.

3. Статья 6bis Парижской конвенции должна применяться *mutatis mutandis* также к товарам и услугам, которые не сходны с теми, в отношении которых зарегистрирован товарный знак, при условии, что использование данного товарного знака в отношении данных товаров и услуг может привести к заблуждению относительно связи между этими товарами и услугами и обладателем зарегистрированного товарного знака, а также при условии, что интересам правообладателя таким использованием может быть причинен вред».

Таким образом, даже при намерении использовать знак в одной стране следует провести поиск и по разряду общеизвестных товарных знаков.

Товарный знак, звучание которого созвучно существовавшему ранее знаку, не подлежит регистрации, даже если есть легкое различие в их написании. Поэтому поиск надо осуществить еще и по признаку звучания. Один юрист не в состоянии самостоятельно осуществить все указанные виды поиска. Для этого, как правило, привлекаются соответствующие фирмы, оказывающие платные услуги и имеющие в своем распоряжении необходимые банки данных.

Неквалифицированный или неполный поиск может быть чреват существенным риском и потерей денег. Если в регистрации будет отказано по причине недостаточного учета всех требующихся формальностей, теряются деньги, уплаченные за регистрацию и рекламу отвергнутого знака. Даже если заявка на регистрацию принята, регистрация может быть отменена по правомерной жалобе известной иностранной фирмы. При регистрации знака в одной стране может оказаться невозможным его продвижение в другие страны, поскольку там он окажется не подлежащим регистрации.