



ОСНОВНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ, В ТОМ ЧИСЛЕ НОВЫЕ ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ И ГЛОБАЛЬНАЯ ЗАЩИТА

По заказу Акционерного общества
«Российская венчурная компания»
Москва, 2017



Авторский коллектив:

Ахмедов Г.А., Войниканис Е.А., Глазунова К.Д., Зайченко Н.В., Княгинина И.К., Королева И.А., Липатова Ю.А., Митягин К.С., Смирнова В.Р., Леонтьев К.Б., Евдокимова М.И., Савина В.С., Гурко А.В.

ОГЛАВЛЕНИЕ

РАЗДЕЛ I. ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ	5
1.01 Анализ текущего состояния рынка интеллектуальной собственности в России и за рубежом	7
(A) МЕЖДУНАРОДНАЯ СИСТЕМА ЗАЩИТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: АКТУАЛЬНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ	7
(B) КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ СТАТИСТИЧЕСКИХ ДАННЫХ	15
(C) ПЕРСПЕКТИВЫ ОТРАСЛЕВОГО ПОДХОДА К АНАЛИЗУ РЫНКА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	21
(D) ЮРИДИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ РЫНКА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	24
(E) ГЕОПОЛИТИЧЕСКИЕ ТРЕНДЫ В ОБЛАСТИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	43
РАЗДЕЛ II. ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В КОНТЕКСТЕ НОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ И ИННОВАЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	51
2.01 РОБОТОТЕХНИКА, ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ	53
(A) АВТОРСТВО НА СГЕНЕРИРОВАННЫЙ КОНТЕНТ	54
(B) АЛГОРИТМ AI КАК ОБЪЕКТ ПАТЕНТОВАНИЯ	56
2.02 ЗАЩИТА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В УСЛОВИЯХ РАСПРОСТРАНЕНИЯ 3D-ПЕЧАТИ	57
(A) УГРОЗЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫМ ПРАВАМ, СВЯЗАННЫЕ С РАСПРОСТРАНЕНИЕМ 3D-ПЕЧАТИ	58
(B) АВТОРСКОЕ ПРАВО И 3D-ПЕЧАТЬ: ТЕСТ НА ОРИГИНАЛЬНОСТЬ	60
(C) ПРАВОВЫЕ ИНСТРУМЕНТЫ РАСПРЕДЕЛЕНИЯ ПРАВ НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	76
(D) ПРЕИМУЩЕСТВА СОВМЕСТНОГО ПРАВООБЛАДАНИЯ И ПРЕДПОСЫЛКИ ДЛЯ ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ	78
(E) ДЕЙСТВУЮЩЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ	81
(F) ДОКТРИНАЛЬНОЕ ТОЛКОВАНИЕ ВОПРОСА ДОЛИ В ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОМ ПРАВЕ	83
(G) ОПЫТ ДРУГИХ СТРАН В ПРИМЕНЕНИИ СОВМЕСТНОГО ПРАВООБЛАДАНИЯ	86

2.03	ОСОБЕННОСТИ СОЗДАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НА ПЛОЩАДКАХ КРАУДСОРСИНГА	88
2.04	ПЕРСПЕКТИВЫ ПРИМЕНЕНИЯ ТЕХНОЛОГИИ BLOKCHAIN В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	93
2.04	КОНЦЕПЦИЯ ЕДИНОГО ОБЪЕКТА	101
2.05	РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И СЕТЬ ИНТЕРНЕТ	104
(A)	ОСНОВНЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ	104
(B)	НАРУШЕНИЕ ПРАВ ИС В СЕТИ ИНТЕРНЕТ И КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ	105
(C)	ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ	106
(D)	ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПОСРЕДНИКОВ	109
(E)	ТЕХНИЧЕСКИЕ МЕРЫ ЗАЩИТЫ ИС В ИНТЕРНЕТЕ	114
(F)	КОММЕРЦИАЛИЗАЦИЯ	117
РАЗДЕЛ III. АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ В ОБЛАСТИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ		119
3.01	АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В СФЕРЕ ИС И ЕГО РОЛЬ В РАЗВИТИИ ИННОВАЦИОННОЙ ЭКОНОМИКИ	120
(A)	ИННОВАЦИОННЫЙ И «НЕИННОВАЦИОННЫЙ» РЫНКИ: РАЗНИЦА В ПОДХОДАХ	121
(B)	ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ	125
(C)	К ПРОБЛЕМЕ ПАРАЛЛЕЛЬНОГО ИМПОРТА	129
(D)	РЕАЛЬНА ЛИ ПРОБЛЕМА АНТИТРАСТА?	131
3.02	СОВРЕМЕННЫЕ ПОДХОДЫ К СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ КОЛЛЕКТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ АВТОРСКИМИ И СМЕЖНЫМИ ПРАВАМИ	133
(A)	БЕЗДОГОВОРНОЕ КОЛЛЕКТИВНОЕ УПРАВЛЕНИЕ АВТОРСКИМИ ПРАВАМИ	134
(B)	МИРОВЫЕ СИСТЕМЫ КОЛЛЕКТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ АВТОРСКИМИ ПРАВАМИ	138
(C)	ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ	139
(D)	МОНОПОЛИЯ В СФЕРЕ КОЛЛЕКТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ АВТОРСКИМИ И СМЕЖНЫМИ ПРАВАМИ	140
(E)	ТРЕБОВАНИЯ К ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНИЗАЦИЙ КОЛЛЕКТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ ПРАВАМИ	143
(F)	ЕДИНЫЙ РЕЕСТР. ТЕХНОЛОГИИ BLOKCHAIN	147
(G)	ГЛОБАЛЬНАЯ ЛИЦЕНЗИЯ	149
(H)	РЕКОМЕНДАЦИИ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ КОЛЛЕКТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ АВТОРСКИМИ ПРАВАМИ	150
3.03	РАСШИРЕНИЕ ВОЗМОЖНОСТЕЙ СВОБОДНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	152
(A)	ОБЩЕСТВЕННОЕ ДОСТОЯНИЕ	153
(B)	СИРОТСКИЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ	157
(C)	ЛИЦЕНЗИИ CREATIVE COMMONS	162
3.04	ЗАЛОГ И СЕКЬЮРИТИЗАЦИЯ ПРАВ НА ИС	169
(A)	ЗАЛОГ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ КАК ИНСТРУМЕНТ ВВЕДЕНИЯ ИХ В ГРАЖДАНСКИЙ ОБОРОТ	169
3.05	СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ДИЗАЙНА ПРИ ОТСУТСТВИИ РЕГИСТРАЦИИ: МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА	177

(A) ЕВРОПЕЙСКИЙ СОЮЗ	178
(B) ВЕЛИКОБРИТАНИЯ	180
(C) США	180
(D) РОССИЯ	181
(E) ЗАЩИТА ПРОГРАММНЫХ ИНТЕРФЕЙСОВ	182

РАЗДЕЛ IV. РАЗВИТИЕ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ДОЛГОСРОЧНЫЕ ПРОГНОЗЫ **183**

4.01 ВВЕДЕНИЕ	184
4.02 ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ, СВЯЗАННЫЕ С ДАЛЬНЕЙШИМ РАЗВИТИЕМ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	188
(A) ПОЯВЛЕНИЕ НОВЫХ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ, СПОСОБОВ ИХ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ И СФЕР ПРИМЕНЕНИЯ	188
(B) РАСШИРЕНИЕ СУБЪЕКТНОГО СОСТАВА АВТОРОВ И ПРАВООБЛАДАТЕЛЕЙ	190
(C) ИНТЕНСИФИКАЦИЯ И УСЛОЖНЕНИЕ ОБОРОТА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	195
4.03 ГЕОПОЛИТИЧЕСКИЕ ТЕНДЕНЦИИ В РАЗВИТИИ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	196
4.04 ИНТЕРЕСЫ ОБЩЕСТВА И ПОТРЕБИТЕЛЕЙ КАК ДВИЖУЩАЯ СИЛА ИЗМЕНЕНИЙ В ПРАВЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	199
4.05 ТЕНДЕНЦИЯ К ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	201
4.06 ПЕРЕХОД ОТ ПАРАДИГМЫ АБСОЛЮТНОГО ПРАВА (ПРОПРИЕТАРНОЙ ПАРАДИГМЫ) К ПАРАДИГМЕ ОГРАНИЧЕНИЙ	203

РАЗДЕЛ V. СПИСОК ИСТОЧНИКОВ **205**

5.01 НОРМАТИВНЫЕ АКТЫ	206
5.02 СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА	207
5.03 ЛИТЕРАТУРА	210

Раздел I.

Интеллектуальная собственность и социально-экономическое развитие

Введение

В условиях развития мировых рынков важное значение для правообладателей имеет доступ к эффективным средствам правовой защиты не только в своей стране, но и в иностранных государствах.

Уровень защиты интеллектуальной собственности (ИС) в значительной степени определяет решение правообладателей о выходе на зарубежные рынки и передаче технологий в другие страны. Общий размер инвестиций сокращается в тех юрисдикциях, где защита интеллектуальным правам предоставляется на меньшем уровне. Таким образом, защита интеллектуальных прав на международном и региональном уровне тесно связана с мировым технологическим и культурным развитием в целом, созданием, распространением и использованием существующих и новых проприетарных технологий.

В то же время, современный глобальный рынок интеллектуальной собственности, сформированный при активном участии Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) и ВТО, создает единые условия обращения прав на ИС (унифицированные понятия объектов охраны и видов сделок), главным образом в целях организации интернациональных финансовых потоков.

Преобладающей задачей является обеспечение безопасного переноса высокотехнологичных производств в локации с низкой стоимостью труда и средств производства, а также обеспечение преобладания западных

правообладателей в экономиках развивающихся стран – на перспективных для них рынках.

Место и роль России на международном рынке ИС определяется с точки зрения экспорта высоким потенциалом, который не реализуется в области ИС; с точки зрения импорта – относительно небольшим объемом товарных рынков; с точки зрения юрисдикции для совершения сделок – низкой предсказуемостью и стабильностью судебной системы.

Особое внимание в представленном анализе рынка интеллектуальной собственности уделяется методологическим проблемам (в частности, отсутствию данных, сомнительной достоверности их источников, необоснованности выводов по ряду ключевых вопросов), которые являются актуальными в равной степени как для российских, так и для зарубежных исследователей.

1.01 Анализ текущего состояния рынка интеллектуальной собственности в России и за рубежом

(a) Международная система защиты интеллектуальной собственности: актуальные тенденции

(i) Первая тенденция:

Увеличение географического охвата за счет присоединения к международной системе защиты ИС новых государств

2015 год ознаменовался особенно большим числом новых сторон, присоединившихся к договорам ВОИС:

- с сентября 2015 г. было получено 42 документа о присоединении к договорам, что почти в два раза больше, чем в 2014 году;
- вступил в силу Марракешский договор об облегчении доступа слепых и лиц с нарушениями зрения или иными ограниченными способностями воспринимать печатную информацию к опубликованным произведениям.

Второй год подряд большинство новых присоединившихся сторон составляют развивающиеся страны.

В настоящее время четыре основных договора ВОИС (Конвенция ВОИС, Парижская конвенция, Бернская конвенция и Договор о патентной кооперации) имеют более 100 присоединившихся государств. Если тенденция роста числа новых присоединившихся сторон в последние пять лет сохранится, то к 2020 г. по меньшей мере еще пять международных соглашений, которые курирует ВОИС, будут иметь не менее 100 участников.

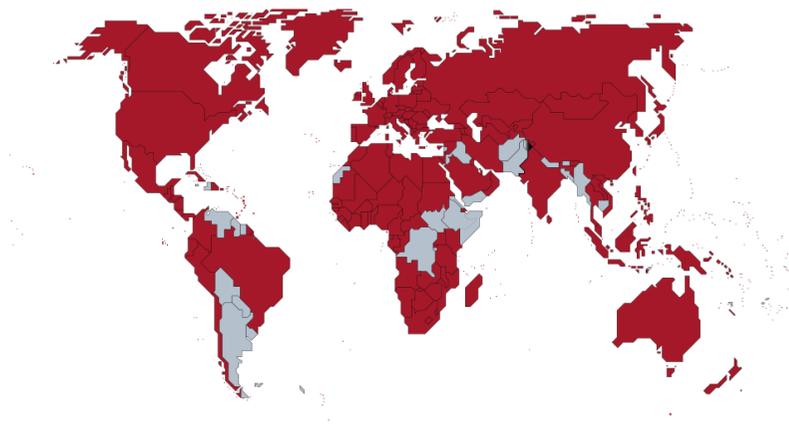
Также отметим рост использования глобальных баз данных, систем и платформ ИТ, которыми управляет ВОИС, расширен набор предлагаемых ими услуг, а также круг участвующих ведомств и других пользователей.

Для развивающихся стран и стран со средним уровнем развития привлекательность международных систем защиты ИС заключается в том, что такие системы позволяют достичь необходимого для стимулирования иностранных инвестиций уровня защиты интеллектуальных прав.

Договор о патентной кооперации Система (РСТ)

За последний год число договаривающихся государств РСТ превысило 150: к договору присоединились Джибути, Кувейт и Камбоджа, благодаря чему в настоящее время система охватывает 151 страну. После присоединения Кувейта договаривающимися государствами РСТ стали все шесть государств – членов Совета сотрудничества стран Залива.

Государства – члены РСТ



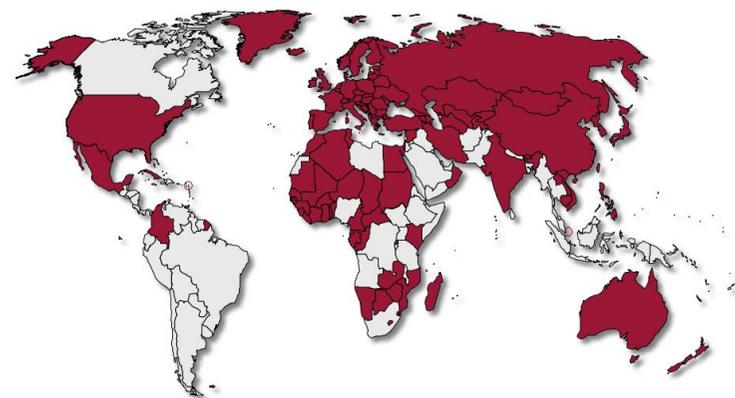
Мадридская система

Число участников Мадридской системы международной регистрации товарных знаков продолжало расти, хотя темпы роста замедлились.

В 2015 г. к системе присоединилась Лаосская Народно-Демократическая Республика, в результате чего число договаривающихся сторон достигло 97, а число охваченных стран – 113 (так как участниками системы являются и региональные системы товарных знаков).

Теперь в системе представлены все регионы мира.

Участники Мадридской системы



Гагская система

Число участников Гагской системы международной регистрации промышленных образцов продолжало постепенно расти.

В 2015 г. к Женевскому акту (1999 г.) присоединились Туркменистан и Корейская Народно-Демократическая Республика, вследствие чего общее число договаривающихся сторон достигло 51, и это стало важным событием для системы.

Несколько стран, включая Канаду, Китай, **Российскую Федерацию** и ряд государств – членов АСЕАН, заявили о своей заинтересованности в присоединении к Гагской системе.

Недавнее присоединение трех стран, активно

пользующихся охраной промышленных образцов, – Республики Корея, Японии и США (в хронологическом порядке), – преобразило Гаагскую систему, которая в будущем может стать одним из важнейших элементов международной архитектуры интеллектуальной собственности.

Лиссабонская система

Число договаривающихся сторон Лиссабонского соглашения об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации составляет 28.

С момента проведения последних Ассамблей в рамках Лиссабонской системы было получено 50 новых международных заявок – 34 из Италии и 16 из Ирана (Исламская Республика), – вследствие чего общее число международных регистраций по Лиссабонской системе достигло 1060 (из них 955 являются действующими).

Доменные споры

В 2015 г. в делах, рассматриваемых ВОИС в рамках Единой политики по урегулированию споров в области доменных имен (ЕПУС),¹ фигурировали стороны из 177

¹ Единая политика по урегулированию споров в области доменных имен (ЕПУС) в качестве модели для урегулирования споров вокруг прав интеллектуальной собственности. [Электронный ресурс] URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/ar/wipo_ace_10/wipo_ace_10_8.pdf. (Дата обращения: 22.02.2017).

стран, что отражает глобальный характер сети Интернет и говорит о широком участии самых разных стран в процедурах, предлагаемых ВОИС.

Чаще других с жалобами обращаются представители таких отраслей, как индустрия моды (10% всех дел), банковское дело и финансы (9%) и Интернет и информационные технологии (9%).

Разбирательства велись на 15 языках 313 экспертами ВОИС из 45 стран.

ТРИПС

Принятие ТРИПС (1994) было обусловлено целями транснациональных корпораций (особенно фармацевтических) и крупных инвесторов в сфере научных исследований и разработок.

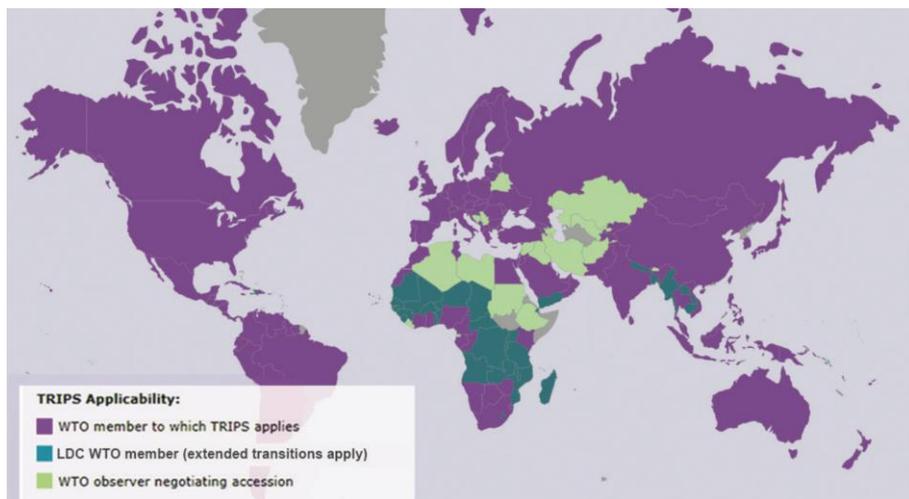
Они оказали воздействие на правительства, чтобы те позаботились об усилении международного режима защиты ИС для обеспечения прибыли от использования их технологий за границей, чтобы сохранить свое технологическое лидерство и предотвратить копирование технологий странами со слабыми режимами охраны ИС.

Соглашение ТРИПС преобразило ИС в мировом масштабе и вывело международные механизмы защиты ИС на новый уровень, поскольку стало первым соглашением, включающим минимальные стандарты защиты прав ИС, которые должны обеспечиваться каждым участником, а также требует от участников развивать механизмы

принудительного осуществления данных прав.

Глобализация прав ИС после принятия ТРИПС содействовала экономическому росту за счет улучшения состояния международного трансфера технологий. Трансграничные платежи в виде роялти и лицензионных платежей за использование ИС за 2014 год оценены по данным ВТО в **300 млрд долларов США**.

В настоящее время участниками ТРИПС являются все члены ВТО – 164 участника, которые обязаны следовать стандартам соглашения ТРИПС.



«ТРИПС усиливает позиции правообладателей, но одновременно не следует забывать о том, что это усиление уравновешивается предусмотренными гибкими механизмами, ставшими итогом компромисса между развитыми и развивающимися государствами. Принимая во

внимание эти гибкие механизмы, ТРИПС не может рассматриваться как международный инструмент, служащий только одной группе государств»².

Новые договоры

В июне 2016 года была достигнута важная веха – был сдан на хранение двадцатый документ о присоединении к **Марракешскому договору** об облегчении доступа слепых и лиц с нарушениями зрения или иными ограниченными способностями воспринимать печатную информацию к опубликованным произведениям, в результате чего 30 сентября 2016 г. этот договор вступил в силу.

Ситуация с **Пекинским договором 2012 г.** по аудиовизуальным исполнениям также является обнадеживающей и близится дата его вступления в силу: к настоящему времени к нему присоединились 13 сторон, порог в 30 присоединившихся сторон, необходимых для его вступления в силу, будет достигнут в течение ближайших двух лет.

² Шугуров М.В. Соглашение ТРИПС, международный трансфер технологий и последствия усиления защиты прав интеллектуальной собственности // Международное право и международные организации. 2015. № 4. С. 405 – 436.

(ii) Вторая тенденция:

Увеличение спроса на регистрацию объектов интеллектуальной собственности.

Наблюдается общий рост числа заявок на изобретения, товарные знаки и промышленные образцы:

	2014 г.	2015 г.	Прирост (%)
Патентные заявки	2 680 900	2 888 800	7,8
Заявки на регистрацию товарных знаков	5 187 900	5 983 000	15,3
Заявки на регистрацию промышленных образцов	853 500	872 800	2,3

Патенты на изобретения

В целом наблюдается увеличение числа поданных патентных заявок.

В 2015 году подано 2,9 млн заявок.³

Только за 2015 рост составил 7,8%. Рост наблюдается шестой год подряд, начиная с 2008 (кризисного) года и соответствует долговременной тенденции

Количество действующих патентов также

увеличивается: по данным на 2015 г., в мире 10,6 млн действующих патентов. В 2015 г. выдано 1,24 млн патентов, на 5,2% больше, чем в 2014 г., это самый высокий показатель прироста с 2012 г.

В 2015 г. число международных заявок, поданных в рамках Договора о патентной кооперации (РСТ), возросло на 1,4%, а общее число заявок достигло 218 тыс.

Товарные знаки и промышленные образцы

В 2015 г. число международных заявок на товарные знаки, поданных в рамках Мадридской системы, возросло на 0,9%, достигнув 48 910.

Во многом этот рост был обусловлен увеличением числа заявок в Австралии, Франции и Соединенных Штатах Америки.

Ожидается, что в 2016 г. темпы роста числа заявок, подаваемых в рамках Мадридской системы, будут выше, чем в 2015 г.

³ Это наиболее свежие официальные данные (на момент подготовки настоящего материала), опубликованные ВОИС в январе 2017 г.

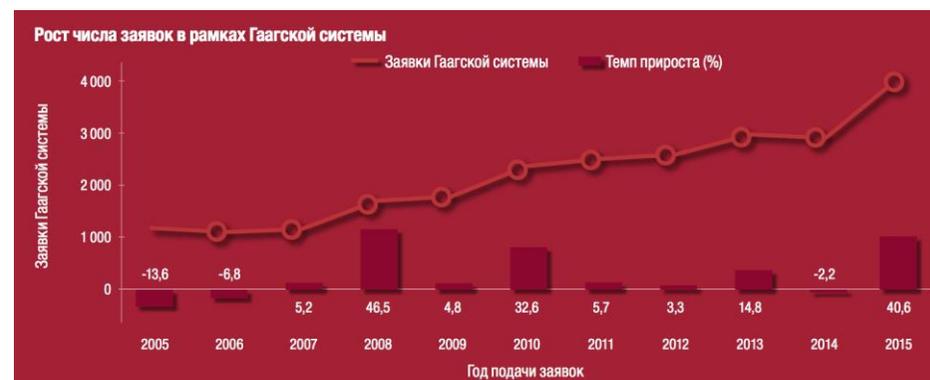


За 125 лет по Мадридской системе зарегистрировано более 1 млн знаков (15% от мирового объема).

Число заявок по Гаагской системе в 2015 г. выросло на 40,6% и, судя по статистике подач за 2016 г., будет наблюдаться сопоставимый рост.

Спрос растет не только за счет недавно присоединившихся стран, но и благодаря заявкам пользователей из стран, которые уже давно являются участниками системы.

Очевидно, расширение географического охвата системы ведет к росту заинтересованности пользователей.



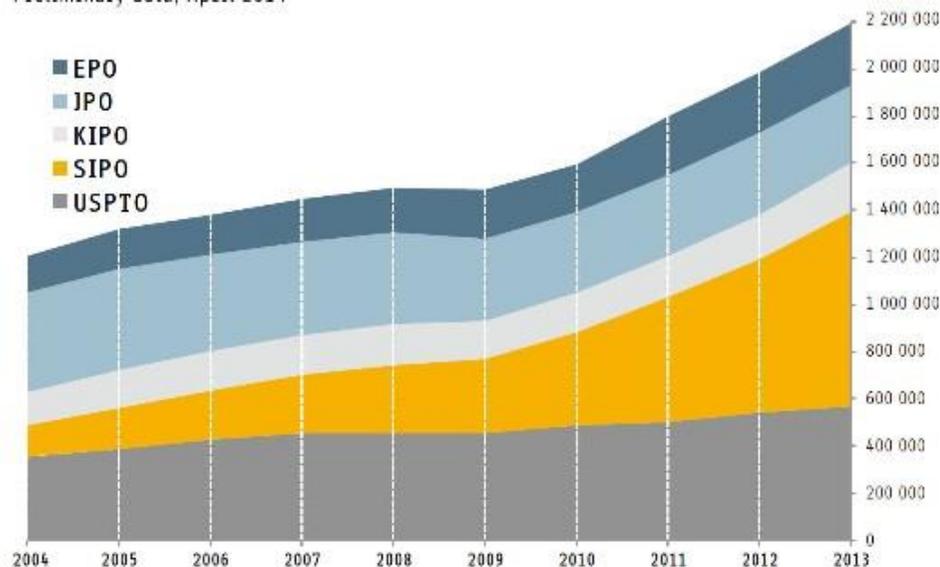
(iii) Третья тенденция:

Неравномерное распределение и разнонаправленность патентной активности по странам и регионам

В 5 ведущих патентных ведомствах (IP5 – США, Евросоюз, Япония, Китай, Корея) подаются 82,5% национальных заявок и 95% заявок по системе PCT.

Patent filings at IP5 Offices

Preliminary data, April 2014



Отметим важную тенденцию, которая заключается в смещении патентной активности в Азию.

Ощутимо и с каждым годом увеличивается доля Китая. Китай – действующий лидер среди стран по количеству поданных заявок.

В 2015 г. установлен рекорд – впервые количество поданных заявок в одной стране превысило 1 млн. В Китае в 2015 г. подано 1,1 млн заявок.

Географическая структура заявок РСТ продолжает меняться в пользу Азии: в 2015 г. на Азию приходилось

43,5% всех заявок, тогда как на Северную Америку – 27,6%, а на Европу – 27%.

Больше всего заявок РСТ подается в Соединенных Штатах Америки, а далее следуют Япония, Китай, Германия и Республика Корея.

По общему количеству действующих патентов продолжает лидировать США (24,9% от всех действующих патентов), Япония (18,3%) и Китай (13,9%). Россия, в которой насчитывается около 305 тыс. действующих патентов на изобретения и полезные модели, имеет 2,8% от общего числа патентов во всем мире.

Развитые страны нацелены на передачу технологий в развивающиеся страны и поэтому активность изобретателей США, Японии, Германии направлена на внешние рынки – количество заявок на патенты в иностранных ведомствах выше, чем внутри страны.

Активность заявителей в развивающихся странах, в том числе в Китае, направлена в основном на внутренний рынок.

(iv) Четвертая тенденция:

Усиление защиты интеллектуальной собственности и развитие механизмов, позволяющих восстановить баланс интересов и предотвратить злоупотребления со стороны правообладателей

Политика усиления защиты прав на ИС в рамках глобальных и региональных систем защиты отвечает интересам развитых стран и особенно ТНК. Расширение объема охраны – увеличение сроков охраны, видов правомочий по отношению к действующим объектам и включение в число охраняемых новых объектов (например, биотехнологии, методы и результаты генной инженерии), возможность которых предусмотрена ст. 27 ТРИПС, – ограничивает передачу технологий.

Такая ситуация с усилением защиты выгодна правообладателям технологий и отрицательно воспринимается заинтересованными в получении технологии сторонами, поскольку ограничивает доступ к инновациям в условиях ограниченных бюджетов на НИОКР.

Наряду с положительными эффектами для экономического роста в целом, права на интеллектуальную собственность в случае злоупотребления ими проявляют отрицательное воздействие (интересно, что это признается даже в Соглашении ТРИПС – п. 2 ст. 8, ст. 40.1). В частности, остро стоит вопрос для развивающихся стран об укреплении системы гарантий на международном уровне для

предотвращения злоупотребления монопольными правами при международном трансфере технологий.

В этой связи все большее значение для уравнивания баланса интересов между правообладателями и пользователями, для разрешения противоречия между правами на ИС и правом на доступ к технологиям, а также к объектам авторского права, принимают не только гибкие механизмы (режимы ограничений и изъятий), но и связанное с ними антимонопольное регулирование и регулирование свободного использования.

(b) Критический анализ статистических данных

Главными показателями развития рынка ИС выступают, как правило, его количественные характеристики – количество заявок на выдачу патентов и регистрацию товарных знаков, а также количество совершенных по ним регистраций.

Прогресс, по общепринятой практике и оценке ВОИС, заключается в росте этих показателей.⁴

По этим же показателям – количеству поданных заявок и количеству регистраций – оцениваются и патентообладатели, патентные бюро и фирмы.

С этой точки зрения, мировым лидером по темпам роста считается КНР (в 2016 г. число патентных заявок от заявителей из КНР выросло на 18,7%, а заявок на регистрацию товарных знаков – на 27,4%).

Но необходимо учитывать также и то, что значительный объем прав на ИС в таких развитых юрисдикциях, как страны Северной Америки и Евросоюза, занимают нерегистрируемые объекты – ноу-хау, объекты авторских и смежных прав, по которым отсутствует статистическая

⁴ Так, например, в официальном докладе ВОИС увеличение числа заявок год от года оценивается как *encouraging ... healthy grow*. – см. World Intellectual Property Indicators 2016 // URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf (Дата обращения: 28.01.2017).

информация, а условия сделок конфиденциальны.

В большинстве статистических отчетов и аналитических материалов последовательно описываются тенденции изменения регистрационной активности в отношении патентов (как правило, объединяются изобретения и полезные модели в тех юрисдикциях, где они регистрируются), товарных знаков и промышленных образцов (дизайнов), но не ставятся вопросы о взаимосвязи этих тенденций.

Если считать, что патенты – это прототипы или прообразы будущих товаров – изделий (а в некоторых случаях – и услуг, если речь идет о способе), промышленный дизайн – это готовый к выпуску на рынок товар, а товарный знак – это средство индивидуализации товара и услуги, то тенденции по каждой «линии» должны сообщаться, коррелировать друг с другом.

Так, например, рост количества регистраций в отношении патентов должен через какое-то время вылиться в рост числа промышленных образцов, а затем – в рост числа новых регистраций товарных знаков. Но оценка рынка с этой точки зрения всегда будет очень трудной, практически невозможной – так как не все правообладатели следуют такого рода последовательностям, кроме того, в этой статистике также участвуют и заявки иностранных правообладателей, которые могут обращаться за регистрацией объектов ИС одного вида.

Следовательно, анализируя регистрационную статистику, невозможно сделать объективный вывод о состоянии того или иного «рынка»

интеллектуальной собственности».

Регистрационная статистика может дать только приблизительное представление о состоянии рынка услуг в сфере ИС, что в свою очередь может дать повод к умозрительным выводам о месте и роли ИС в экономике соответствующих государств.

По статистическим данным за 2015 г. наблюдается увеличение числа регистрационных действий по всем регистрируемым объектам.

Для целей настоящего исследования показатели дополнены следующими: динамика ВВП (GDP) и динамика доли экспортируемого ВВП (*exports of goods and services, % GDP*) по данным Всемирного банка⁵. Первый показатель характеризует состояние экономики в целом, а второй – состояние взаимоотношений с экономиками других стран.

Объекты	2014	2015	Сравнение 2014-2015 гг.		
			Рост (%)	Динамика ВВП	Динамика экспорта
Патенты					
Заявок, во всем мире	2 680 900	2 888 800	7,8		

⁵ Данные по ВВП доступны в источнике: <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>
 Данные по доле экспорта доступны здесь: <http://data.worldbank.org/indicator/NE.EXP.GNFS.ZS?end=2014&start=1960&view=chart&year=2015>. Дата обращения: 28.01.2017.

Китай	928 177	1 101 864	18,7	6,9	- 2,02
США	578 802	589 410	1,8	2,6	- 1,1
Япония	325 989	318 721	-2,2	0,5	0,8
Товарные знаки					
Условных заявок, во всем мире (1 класс МКТУ = 1 заявка)	7 426 900	8 445 300	13,7		
Китай	2 220 663	2 828 287	27,4	6,9	- 2,02
США	472 016	517 297	9,6	2,6	- 1,1
Европейский офис	336 204	366 383	9,0	2,2	0,6
Промышленные образцы (дизайны)					
Условных заявок на регистрацию, во всем мире (1 изделие = 1 заявка)	1 137 500	1 144 800	0,6		
Китай	564 555	569 059	0,8	6,9	- 2,02
Европейский офис	98 273	98 162	-0,1	2,2	0,6
Республика Корея	68 441	72 458	5,9	2,6	- 4,4
Полезные модели					
Заявок, во всем мире	948 900	1 205 300	27,0		
Китай	868 511	1 127 577	29,8	6,9	- 2,02
Германия	14 741	14 274	-3,2	1,7	1,1
Российская Федерация	13 952	11 906	-14,7	-3,7	2
Сорта растений					
Заявок, во всем мире	15 600	15 240	-2,3		
Европейский офис	3 625	3 111	-14,2	2,2	0,6

Китай	2 026	2 342	15,6	6,9	- 2,02
США	1 567	1 634	4,3	2,6	- 1,1

Нетрудно убедиться, что такое сравнение малоинформативно: экономика может в целом расти, а доля экспортируемого ВВП – уменьшаться, при этом количество заявок может все равно вырасти на 20-30% (Китай).

Патентная статистика должна опережать экономическую – патентная заявка становится рыночным продуктом в среднем через 2-4 года, однако подготовка производства и инвестиции в разработку будут видны сразу, а сам по себе факт начала выпуска продукции вряд ли может обеспечить значительный прирост.

В официальных источниках ВОИС патентная активность оценивается в сравнении с такими показателями, как общий уровень ВВП, количеством населения, затратами на НИОКР и другими макроэкономическими показателями. По количеству заявок в соотношении с ВВП⁶ лидером с 2004 г. является Республика Корея.⁷

Россия и Бразилия в топ-10 стран по этому показателю не входят.

Итак, в 2015 г. во всем мире было подано около 2,9 млн заявок на получение патентов, большинство из них –

⁶ Applications per unit of GDP – рассчитывается как число заявок на каждые 100 млрд долл. США ВВП.

⁷ World Intellectual Property Indicators 2016. P.26. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. (Дата обращения 28.01.2017).

заявителями из КНР, следующими по списку идут заявители из США.

Патентное ведомство КНР (*the State Intellectual Property Office of the People's Republic of China – SIPO*) стало первым в мире, которое приняло более 1 млн патентных заявок в течение года (1 101 864 заявок).⁸ КНР также стало первой страной, резиденты которой подали более 1 млн заявок в год (1 010 406 заявок), но из них 96% в самом Китае, и только 4% поданы в зарубежные ведомства.⁹

Китай стал лидером и по числу выданных в 2015 г. патентов – около 360 тыс. патентов, на втором месте – USPTO с 298 тыс. патентов.¹⁰

Интересно, что с 2012 г. Китай является лидером по количеству заявок, происходящих из одной страны, а до этого первое место занимала Япония.

Но можно ли назвать граждан Китая и Японии главными изобретателями XXI века и наиболее активными участниками международного рынка ИС?

Японские, европейские и американские правообладатели более 45% всех своих заявок подают за рубежом. Примечательно, что с начала 2000-х гг. количество

⁸ Тем не менее, учитывая, что патентные заявки публикуются с определенным временным лагом, а также то, что данные сведения носят декларативный характер, в их достоверности убедиться нельзя.

⁹ World Intellectual Property Indicators 2016 // http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. С. 24. (Дата обращения: 28.01.2017).

¹⁰ Там же. С. 28

заявок, регистрируемых в JPO, снижается, а число заявок, которые японские заявители подают по всему миру растет.

Мы не имеем возможности изучить эту тенденцию глубоко, но внешне она представляется как «экспорт интеллектуальной собственности» – правообладатели занимают иностранные рынки и получают прибыль от использования своих IP-активов (интеллектуальную ренту) за рубежом.

По данным 2015 г. лидерами по числу заявок, подаваемых национальными заявителями в других юрисдикциях, являются США (237 тыс.), Япония (195 тыс.) и Германия (102 тыс.).

Заявители из Китая с 42 тыс. по этому показателю лишь немного обошли Францию, но примечателен также пример Индии – 47% всех заявок, подготовленных гражданами этой страны, были поданы в иностранных юрисдикциях, но в основном – в США.¹¹

Что касается товарных знаков, в 2015 г. по всему миру было подано 5,98 млн заявок на регистрацию – это количество стабильно растет с 2010 г., а по сравнению с 2000 г. оно удвоилось.

На первом месте – КНР с 2,83 млн заявок, на втором – USPTO, на третьем – Европейский орган. Россия заняла 9-е место, Республика Корея – 7-е, Бразилия в топ-10 не входит.

¹¹ World Intellectual Property Indicators 2016 // http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. С. 25 (Дата обращения: 28.01.2017).

Но в КНР только 6% заявок подано нерезидентами, что может свидетельствовать о низкой привлекательности для иностранных инвесторов.

Лидеры по заявкам, принятых от нерезидентов – Гонконг (62%), Швейцария (56%) и Канада (46%). Большинство заявок, поданных иностранными резидентами, было подано из Германии (2,01 млн), на втором месте – заявители из США (1,2 млн), Великобритании (1,2), на третьем – Италия с 0,8 млн заявок.¹²

Всего в мире по состоянию на конец 2015 г. действовало около 36,5 млн товарных знаков, больше всего – в КНР (10,34 млн), США (2,02 млн) и Японии (1,83). За ними следует Республика Корея с 1,02 млн действующих товарных знаков. В России по состоянию на 01.02.17 – немногим более 560 тыс. действующих товарных знаков.

Поскольку распоряжение правами на регистрируемые объекты также подлежит регистрации в Патентном ведомстве, часто обращаются и к этой статистике.

О чем, к примеру, может сказать число зарегистрированных лицензионных договоров или договоров о передаче прав (фактов распоряжения правами)?

Вольное обращение с цифрами может привести к неожиданным результатам. Например, сравнивают общее количество действующих патентов и количество регистраций лицензий/продаж за последний год и получают “только 2%” и

¹² World Intellectual Property Indicators 2016 // http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. С. 79. (Дата обращения: 28.01.2017).

выносят “проблему” на обсуждение общественности.¹³

Если же сравнить число действующих патентов с числом “действующих регистраций”, то нам придется к числу действующих лицензий добавить число регистраций переходов (это около 40% от всех регистраций). При этом следует учитывать, что переход мог осуществляться в отношении уже недействующих патентов, несколько раз – в отношении одного и того же объекта и т.д.

Наконец, большинство сделок по трансферу технологий, включающие и распоряжение объектами ИС, это, как правило, сделки с долями и акциями проектных или портфельных компаний, владеющими соответствующими активами.

Из официальной статистики следует также исключить «внутренние» сделки между компаниями-участниками холдингов, между дочерними компаниями – ведь они не заключаются на «открытом» рынке. Но доступных инструментов для этого пока нет.

Проще говоря, официальная статистика регистраций малоинформативна в этом плане, а если обратиться к специальным данным «об использовании объектов ИС в

¹³ В.Н. Лопатин сравнил общее число действующих патентов по состоянию на 01.01.2016 – 305 тыс. с числом распоряжений – 2858 договоров в отношении 6 806 объектов (не ссылается на источник, но эта цифра совпадает с числом зарегистрированных в 2015 г. распоряжений из Годового отчета Роспатента за 2015 г.). См.: Восьмой международный Форум “Инновационное развитие через рынок интеллектуальной собственности”. Сборник докладов, документов и материалов . М., 2016. С. 127.

России», то там можно увидеть только цифры о распределении количества используемых объектов (в штуках) по федеральным округам и видам экономической деятельности.¹⁴

Хотя по мнению составителей Годового отчета Роспатента, “количество патентов, вовлеченных в хозяйственный оборот, является наиболее значимой характеристикой”, итоговой цифры – сколько всего в России зарегистрировано фактов распоряжения правами (не в год, а всего), они не приводят.¹⁵

При этом совершенно необязательно, чтобы все результаты интеллектуальной деятельности сразу поступали в оборот и на каждый объект была своя сделка – нет такой практики не только в России, но и в остальном развитом мире. Нет такой задачи и у патентования: коммерциализация – это одна из функций ИС и не обязательно она реализуется только путем оформления лицензии.

Например, по данным 2012 г. (это последние доступные исследования) все правообладатели США заработали на лицензиях только 115,2 млрд долл. США, что соответствовало в среднем 5,2% в общем доходе каждого правообладателя. Причем на три четверти (78%) этот лицензионный доход сформирован киноиндустрией, кабельным телевидением и франшизными моделями. В структуре доходов предприятий, выполняющих НИОКР, лицензионные поступления составили 4,5 %.

¹⁴ URL: http://www1.fips.ru/wps/wcm/connect/content_ru/ru/regions/stat/ (Дата обращения: 28.01.2017).

¹⁵ Годовой отчет Роспатента за 2015 г.

В США считается нормальным, что топ-менеджмент компании не может ответить на вопрос “сколько стоит наша ИС и какой она приносит доход”, а например, у “Боинга” в годовых отчетах ни слова не говорится о поступлениях от использования лицензии, хотя даже для фотографий самолетов сделан отдельный сайт, на котором продаются эти самые лицензии по цене от 100 до 3000 долларов.

Когда по числу заявок, регистрируемых патентным ведомством, пытаются определить “место России в глобальном мире”, надо иметь в виду следующее:

- количество заявок, подаваемых в национальное патентное ведомство, характеризует экономику этой страны не с точки зрения ее наукоемкости, а с точки зрения инвестиционной привлекательности. Если рынок интересен – патентообладатель хочет получить возможность работать на нем, имея собственный сектор;
- альтернативой патентованию или любой другой защите интеллектуальной собственности является контроль над рынком другими способами: естественная монополия, технологическая уникальность, недоступность и проч. Патент рекомендуется получать только в случае, если другие способы контроля оказываются недоступными. Поэтому состояние патентования отражает, в некотором аспекте, и цивилизованность отношений на рынке;

- более реально инновационный потенциал нужно оценивать по количеству отечественных, зарубежных и РСТ-заявок, подаваемых национальными заявителями в стране и по всему миру. Целесообразно использовать также и удельные критерии: соотношение числа поданных и зарегистрированных заявок, соотношение с количеством занятых, с затратами, с доходами или добавленной стоимостью.

(с) Перспективы отраслевого подхода к анализу рынка ИС

Основная задача, которую решает анализ рынка, заключается в том, чтобы показать уровень развития ИС в конкретном регионе и влияние ИС на экономическое развитие.

За последние пять лет в зарубежных странах методика анализа рынка претерпела определенные изменения. Если раньше анализ рынка предполагал расчет показателей в целом по стране или также по отдельным ее регионам, а также общие показатели по отдельным объектам ИС, таким как объекты авторского права или патенты, то сегодня более эффективным считается анализ по отраслевому критерию с применением качественных оценок.

Основываясь на данном критерии отрасли экономики классифицируют в зависимости от того, какие виды ИС задействованы в них наиболее интенсивно, например:

- отрасли, активно использующие товарные знаки (*trademark-intensive industries*);
- отрасли, активно использующие объекты авторского права (*copyright-intensive industries*);
- отрасли, активно использующие патенты (*patent intensive industries*).

Отнесение той или иной отрасли к IP-интенсивным определяется соотношением количества создаваемой ИС (регистраций патентов, товарных знаков, а также количества объектов авторского права) к количеству рабочих мест – если этот показатель выше среднего по всей экономике, значит, отрасль является IP-интенсивной (IP-зависимой?).¹⁶

Используются также и другие способы оценки зависимости экономики от ИС (по объемам вложений, затрат на исследования, создаваемой прибавочной стоимости, и др.).

К отраслевой методике анализа рынка ИС вначале перешли США и Великобритания, а затем Европейский союз.¹⁷

Китай, последовав примеру США и ЕС, также использует метод отраслевого анализа.¹⁸

Помимо прочего, отраслевая модель позволяет сравнить развитие отраслей по критерию использования ИС, а также дает возможность соотнести наличие или использование ИС с количеством рабочих мест.

¹⁶ Intellectual Property and the U.S. Economy: 2016Update. U.S. Patent and Trademark Office. U.S. Department of Commerce, 2016. P.23.

¹⁷ См.: Intellectual Property and the U.S. Economy: 2016Update. U.S. Patent and Trademark Office. U.S. Department of Commerce, 2016; Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the European Union. Industry-Level Analysis Report, October 2016.

¹⁸ См.: Xu Ming, Jiang Nan, "An empirical analysis of the patent intensive industries contribution to the gross industrial output value // Science of Science and Management of S.&T., 2013. P. 119-127.

Но в Российской Федерации до сих пор используется только географический критерий. Статистические данные Роспатента, Федерального института промышленной собственности (ФИПС) и Федеральной службы государственной статистики (Росстат) дают представление об изобретательской активности в России в целом, а также по федеральным округам и субъектам Российской Федерации, но не по различным отраслям экономики.

Точно также в России практически отсутствует статистика, показывающая взаимосвязь между ИС и числом работников, занятых в той или иной отрасли, показателями доходов в соотношении с затратами, показателями экспорта.

Приведем в пример аналитические данные по США. Американские исследователи считают, в первую очередь, количество рабочих мест, образованных в той или иной индустрии, в которой интенсивно используется ИС.

Больше всего рабочих мест для экономики США дают отрасли, активно использующие товарные знаки (*trademark-intensive industries*), в которых занято 23,7 млн работников. Всего в отраслях, активно использующих ИС (*IP-intensive industries*) занято 27,9 млн человек, что составляет примерно 18% от общего количества занятых (всего в США в 2014 г. насчитывалось около 147,3 млн рабочих мест). Хотя речь идет всего о 18%, эти отрасли формируют 38,2% ВВП страны.

По объему выручки, полученной от использования IP-активов внутри страны, лидируют киноиндустрия и кабельное телевидение. По итогам 2014 г. эти отрасли сгенерировали около 78 млрд долл. США из общего объема

137,6 млрд долл. США.

В целом в 2014 году компании IP-индустрий экспортировали товаров на 842 млрд долл., что составило 52% от общего экспорта товаров США. Наиболее значимыми предметами экспорта являются продукция химической промышленности, полупроводники и электронные компоненты, фармацевтическая продукция, точные приборы. Экспорт услуг предприятиями IP-индустрии США оценивался последний раз в 2012 г. и составлял 81 млрд долл. США (12,3% от общего объема экспортируемых услуг), в основном этот объем осваивается издателями программного обеспечения (*software publishers*), киноиндустрией (7,3 млрд долл. США).

В России, например, в 2014 г. общее количество занятых в экономике (примерно соответствует количеству рабочих мест) – 67,8 млн.¹⁹

Данных по IP-отраслям российской экономики, как было указано выше, пока не имеется. Конечно, в отдельных публикациях и даже нормативных актах приводятся данные об «инновационной экономике России», но они не отражают картины использования всех видов ИС и пока такие исследования носят единичный характер.

Чтобы такие данные появились, вначале необходимо, следуя специальной методике, определить перечень тех отраслей, которые в России наиболее активно используют ИС, а чтобы модели и инструменты управления

¹⁹ URL: http://www.gks.ru/bgd/regl/b15_36/Main.htm (Дата обращения: 28.01.2017).

инновациями не отрывались от общей экономической стратегии государства – увязать показатели «инновационной экономики» с общеэкономическими и рассматривать эти отрасли не в отрыве, а в связи с другими отраслями экономики.

(d) Юридический анализ рынка интеллектуальной собственности

(i) Общие замечания

В определенном смысле сегодня любой рынок – это рынок интеллектуальной собственности. Автомобили, музыка, программное обеспечение, консалтинг, строительство – в любом товарном и нетоварном сегменте есть доля стоимости продукта, которая приходится на интеллектуальную, нематериальную составляющую. Даже доставкой бетона сегодня занимаются предприятия с брендами, клиентскими базами данных, представительством в цифровой среде – их стоимость участвует в формировании стоимости конечного продукта, а также стоимости компании в целом.

Анализ рынка интеллектуальной собственности можно проводить по различным критериям: объемы рынка, круг участников, виды сделок и количество сделок, сегментирование по отраслям науки и проч.

Нас будет интересовать **юридический анализ рынка**, то есть следующие аспекты:

- состояние инфраструктуры: ее зрелость, гибкость, удобство использования (например, виды сделок,

допустимых к совершению, жесткость и качество диспозитивных норм и “предустановленных” форм);

- готовность к экспорту и импорту сделок (когда стороны выбирают право другой юрисдикции или специально убегают из своей юрисдикции, чтобы не иметь дело с местными властями и судами);
- прозрачность и предсказуемость механизмов государственного контроля и надзора (это с одной стороны, безопасность бизнеса, с другой – защита от недобросовестной конкуренции и мошенничества);
- удельных показателей по зарегистрированным патентам и средствам индивидуализации (оценка «вторичного» рынка ИС – то есть, рынка товаров, в которых выражена ИС. Чем выше удельные показатели, тем большее значение ИС имеет в глазах участников этого рынка).

Первое, что характеризует рынок – это продукты и заключаемые с ними сделки.

Продукт рынка ИС – это любой товар или услуга, в создании или продвижении которого участвует интеллектуальная собственность, он еще может называться «интеллектуальным продуктом». Но встречаются ли сегодня неинтеллектуальные продукты? Трансфер технологии, например, это всегда сделка с совокупностью объектов, среди которых есть и совокупность охраняемых РИД, и

сборочные комплекты, и инжиниринговые услуги.²⁰ Вряд ли здесь можно выделить и изучить сделку только с правами на ИС. Продажа франшизы – это предоставление прав на комплекс РИД и других объектов (в том числе и услуг). То же относится к «рынку ИС».

Подряд на разработку программного обеспечения, в котором стороны согласовали только стоимость выполнения работ, а вознаграждение за передачу прав на ИС «включили в стоимость работ» – как в этом случае измерить вклад ИС? Понятно, что в некоторых ситуациях заключаются сделки только с правами на ИС – например, лицензирование программного обеспечения (в большинстве случаев дополняется технической поддержкой или гарантийным обслуживанием, но не обязательно), объектов смежных прав, (исполнений, трансляций), телефильмов и мультимедийных произведений. Как правило, исследование таких сделок статистически невозможно.

Другая методологическая проблема заключается в том, что очень часто под «рынком ИС» в действительности понимают *рынок услуг по защите интеллектуальной собственности* – когда мы анализируем количество

²⁰ Так, например, в рамках контракта на экспорт сборочных комплектов самолетов Су-30МКИ в Индию был заключен Генеральный контракт на организацию лицензионного производства самолетов на предприятии HAL. ПАО «Корпорация «Иркут» оказало корпорации «HAL» помощь в модернизации производства и содействие в освоении технологии производства самолета Су-30МКИ на основе поставляемых Иркутским авиационным заводом технологических комплектов. Источники: <http://www.irkut.com/products/18/236/>; «Экспорт российского оружия в 2004 г. превысил 5,4 млрд долл.» // Взлет, 2005. № 2. С. 17.18

поданных патентных заявок или зарегистрированных товарных знаков – что мы имеем в виду?

Наверное, прежде всего, количество «проданных» исполнителями услуг – каждое регистрационное действие стоило заявителю пошлин, консультаций и других издержек. Мы подсчитываем, сколько патентных заявок «купил» бизнес в этом году у профессиональных исполнителей – но можем ли мы посчитать, что они принесли бизнесу на самом деле? Это косвенные показатели: если компании по всему миру оформляют миллионы патентов и с каждым годом эти показатели растут, значит тот реальный рынок, который не доступен взору (там, где продаются технологии, бренды или где выводится на массовый рынок новый популярный гаджет) как-то требует этого, заинтересован в таком «развитии» патентных услуг.

Таким образом, надо понимать, что у нас сегодня нет точных аналитических инструментов, которые показали бы такие взаимосвязи и такие закономерности. Поэтому мы вынужденно пользуемся «косвенными доказательствами».

(ii) Международный рынок ИС

На наш взгляд, так называемого «международного рынка ИС» как пространства с едиными правилами торговли, типовыми продуктами и сделками – не существует. Нет торговой площадки, общей инфраструктуры и ценообразования.

Существуют и не нуждаются в представлении мировые рынки материальных ценностей – нефти, золота, валюты, даже кадров. Но правовая охрана интеллектуальной собственности всегда национальна, это элемент суверенитета (материальный принцип территориальности).²¹ Каждое государство само определяет, что и как оно будет защищать – конечно, большинство развитых стран стремятся к унификации режимов наиболее распространенных объектов, некоторые международные договоры обладают прямым действием,²² но еще ни одна из ведущих юрисдикций не отказалась от национального законодательства об интеллектуальной собственности в пользу международного.

К примеру, существует Европейская международная кооперация – и уже существует международный единый Европейский патент. Но, тем не менее, поток заявок на получение таких патентов лишь на несколько процентов выше, чем заявок на выдачу патентов в Германии. При всем уважении к единому Европейскому патенту, правообладатели (а большинство из них – как раз европейцы) стоят в очереди за получением традиционного немецкого патента.

Несмотря на то, что в области ИС действует значительное количество международных договоров и

²¹ С. Крупно. Коллизионно-правовые аспекты регулирования интеллектуальной собственности // *Хозяйство и право*. 2014. № 11.

²² Например, Парижская конвенция об охране промышленной собственности часто упоминается в числе правовых оснований в судебных решениях судов России, Казахстана.

конвенций, несмотря на значительную унификацию законов стран-участниц ВТО, ЕС и некоторых региональных объединений, возможность реально защитить исключительное право на зарегистрированный товарный знак или совершить сделку с ноу-хау во многом зависит от правил и требований, предусмотренных местным законодательством, от судебной практики (что именно защищается и от чего), а также от налоговых последствий сделки. В связи с этим каждая юрисдикция – это отдельный рынок, в рамках которого действуют свои писанные и неписанные требования и практики.

О международном рынке ИС можно говорить как о совокупности трансграничных сделок – по трансферу технологий, продаже франшиз, экспорту и импорту высокотехнологичных изделий. Но профессиональные исследования условий трансграничных сделок осуществляются на уровне только опросов участников рынка и результаты их распространяются в ограниченном, засекреченном режиме.

(iii) Юридический анализ оборота исключительных прав на объекты ИС

Рынок прав на ИС в целях его анализа может быть распределен по трем уровням в зависимости от той роли, которую сами объекты ИС занимают в сделке:

- сделки с ИС дополняют комплексную сделку по трансферу технологии, продаже бизнеса, франшизе

- (например, строительство завода и лицензирование технологии, поставка сборочных комплектов);
- сделки, в которых ИС является единственным предметом (товаром) (например, покупка лицензии на программное обеспечение, покупка прав на изобретение, или мировое соглашение по суду о нарушении патента);
 - латентный, теневой рынок, на котором сделки с ИС заключаются в целях оптимизации взаиморасчетов и налогообложения, прикрывают другие сделки.

Если нельзя дать объективных количественных показателей рынка ИС, то качественные нам доступны.

Виды объектов, допущенных к обороту, модели сделок, требования к участникам оборота, состояние регистрационной системы и судебной защиты – это качественные характеристики, по уровню развития которых можно, хотя и косвенно, оценить состояние рынка ИС.

Но в любом случае это будет характеристика конкретной юрисдикции, в сравнении с «лучшими практиками» в странах, на которые принято ориентироваться.

Так, например, некоторые юрисдикции предоставляют возможности лицензирования заявок на выдачу патентов при условии, что они были опубликованы.²³ Такие

возможности прямо предусмотрены законодательными актами КНР, Сингапура, Японии, Европейской патентной конвенцией – ЕРС. Обсуждается возможность введения аналогичного регулирования и в Российской Федерации.

Другим аспектом, характеризующим привлекательность и уровень развития регулирования в юрисдикции, является возможность осуществления исключительного права несколькими правообладателями (совместное правообладание) – как будет показано ниже, не все юрисдикции допускают это в отношении всего набора охраняемых объектов, а также могут существовать и ограничения оснований возникновения совместного правообладания.

Обычная политика законодателя заключается в расширении рамок регулирования и либерализации требований в соответствии с требованиями рынка и предпринимателей. Почему это необходимо?

Смысл заключения действительной сделки, признаваемой правопорядком, заключается в том, чтобы получить возможность принудительного исполнения или взыскания в случае нарушения обязательства одной из сторон. Хотя сделки с заявками не запрещены и могут совершаться с учетом свободы договора, которой пользуются участники рынка, судебная защита в этом правоотношении невозможна: судья просто не имеет правовых оснований для рассмотрения спора. Поэтому в

²³ А.Сощенко, Н. Егорова, О. Видякина, И. Семерухина Практика лицензирования заявок на объекты патентного права //

Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность, 2016. № 11, С. 21.

случае недобросовестности одной из сторон, другая сторона несет риск убытков.

Особенностью оборота интеллектуальных прав в Российской Федерации является доступность значительного числа результатов научно-технической деятельности, сделки с которыми заключаются без учета правил обращения с охраняемыми РИД. В первую очередь это все виды конструкторской, конструкторско-технологической документации (КТД). В обычных условиях такого рода документы образуются на завершающей стадии цикла производства и внедрения инноваций и им предшествуют этапы выявления, учета и защиты интеллектуальной собственности. Если процедуры не были нарушены, к моменту появления КТД на изделие, все основные технические решения, новшества уже защищены в режиме ноу-хау, отражены в поданных патентных заявках. Поэтому объектом сделки по трансферу технологий является право использования этого РИД, а не сама КТД как одна из форм выражения, реализации этого технического решения. В этих условиях раскрытие или несанкционированное использование КТД не представляет собой проблему, так как может привести к нарушению патента или режима ноу-хау, предоставляя правообладателю соответствующие возможности по защите прав. Но во многих отраслях машиностроения (авиастроение, двигателестроение, станкостроение, энергетика) специальных мер по защите интеллектуальной собственности не принимается, а сделки с КТД, в том числе “лицензионные договоры”, “договоры аренды” совершаются – о чем говорит, в том числе и достаточно заметное количество споров об использовании

документации, рассматриваемых отечественными судами.

Фактически, параллельно “официальному” обороту прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы существует и неофициальный, “серый” оборот документации, который не попадает в статистическую и регистрационную отчетность и правила которого определяются только условиями сделок, заключаемых сторонами. Суды такие условия применяют, считая заключенные сделки действительными, исполнимыми.

Единственным вариантом легализации использования такой документации можно считать попытку введения в оборот прав на ИС так называемых “единых технологий”, которая оказалась неудачной и вскоре может быть завершена удалением соответствующей главы из Гражданского кодекса Российской Федерации.²⁴

Постановлением Правительства РФ от 17.11.2005 г. № 685, утвердившим Положение о закреплении и передаче хозяйствующим субъектам прав на РНТД, полученным за счет средств федерального бюджета, фактически создана альтернативная система движения прав на РНТД, которая не предполагает патентования или какой-либо иной защиты в режиме охраняемых ОИС, заменяя эти меры регистрацией отчетов и внутренней учетной регистрацией в системе документооборота федеральных органов исполнительной

²⁴ См.: Лопатин В.Н. О состоянии правовой охраны, использования и защиты интеллектуальной собственности в Российской Федерации, ЕАЭС и СНГ в 2015 г. // Восьмой международный Форум “Инновационное развитие через рынок интеллектуальной собственности”. Сборник докладов, документов и материалов. М., 2016. С. 124

власти. В тоже время, если верно, что 90% имеющихся в России результатов научно-технической деятельности представлено в форме научно-технической документации и в качестве “традиционных РИД” не защищается не только в России, но и в большинстве стран с развитыми экономиками, эта проблема должна решаться не путем легализации, санкционирования ее обращения. Необходимо обеспечить надлежащую правовую защиту, которая бы признавалась как можно большим числом зарубежных стран, то есть путем защиты изобретений, полезных моделей и промышленных образцов, объектов ноу-хау и т.д.

Незащищенная законом (а потому недопустимая) передача технической информации должна квалифицироваться как хищение.

Другой особенностью российского рынка ИС является присутствие на нем значительных объемов достижений науки СССР, работа по инвентаризации и учету которых в рамках ФАНО была начата только в 2016 г.

Современной российской экономике и науке недоступны такие масштабы капиталовложений, которые вкладывал в развитие промышленности и технологий СССР, и которые сегодня требуются для создания, например, штаммов микроорганизмов, математических моделей ракетных двигателей, действующих веществ лекарственных препаратов и т.д. Многие из них вообще не могут быть созданы за счет частных инвестиций, так как требуют длительных исследований и не гарантируют результатов.

Неучтенные, не оцененные достижения советской науки оказываются в распоряжении достаточно автономных

научных учреждений, которые реализуют их на “неофициальном” рынке частным предпринимателям при отсутствии какой-либо юридической защиты, не говоря о защите интеллектуальной собственности. Проблема усугубляется тем, что такие частные партнеры, не обладая достаточными компетенциями и ресурсами допускают дальнейшую утечку таких результатов, не добиваясь ее успешного внедрения.

В Республике Беларусь “советское наследие” не было приватизировано и на системной основе предлагается “зарубежным партнерам” в рамках сделок по трансферу технологий. Белорусские государственные центры по интеллектуальной собственности и трансферу технологий – постоянные участники международных выставок, программ технологического сотрудничества и развития. К сожалению, в условиях недостаточности средств на организацию полноценного международного патентования и судебной защиты в иностранных государствах, большинство таких сделок носит “одноразовый” характер и сводится к продаже результатов НИОКР и диссертаций.

Неотъемлемым и очень важным элементом инфраструктуры рынка ИС является наличие достаточного количества **профессиональных консультантов**.

На начало 2016 года в РФ было зарегистрировано 1 763 действующих патентных поверенных. Для сравнения: в Германии это количество составляет 3 543 человека, в США 33 803 человек.

Ни в одной из этих стран не требуется обязательного профессионального представителя для резидента, только для иностранных заявителей, поэтому национальные заявители могут вести свои дела самостоятельно.

Российский рынок консалтинга в сфере ИС характеризуется пока еще своей незрелостью: так, например, по сравнению с Западной Европой и США на территории РФ не действуют или мало известны профессионалы, специализирующиеся на разработке стратегий в области интеллектуальной собственности, консультантов по коммерциализации и монетизации объектов ИС, не существует профессиональных объединений и сообществ.

Несмотря на то, что этот вопрос еще недостаточно активно обсуждается, он является достаточно значимым препятствием для входа на рынок ИС новых игроков и успешного продвижения отечественных технологий.

(iv) Специальные юрисдикционные органы

Прогрессивной тенденцией в развитии рынков ИС следует считать учреждение специальных юрисдикционных органов, рассматривающих споры с интеллектуальными правами.

Несмотря на то, что для многих специалистов еще является открытым вопрос о том, обладают ли споры в области ИС достаточной спецификой, чтобы им занимался

отдельный суд, Евросоюз и многие развитые страны – например, КНР, Германия, Япония, Республика Корея, Бразилия уже пошли по пути создания таких специализированных судов. Причем, как правило, для других отраслей права отдельные подсистемы не создаются.²⁵

В России Суд по интеллектуальным правам начал свою деятельность в 2013 г. и оказывает существенное положительное влияние на состояние защиты прав на ИС не только в России, но и странах бывшего СНГ.

В отличие от других судов, судьи и специалисты СИПа уделяют внимание вопросам развития теории права и совершенствования правоприменительной практики – судом регулярно выпускаются справочные и методические материалы по отдельным проблемам, проводятся заседания Научно-консультативного совета, на которых кроме судей всех инстанций присутствуют и представители научного сообщества, и практики.

Кроме государственных судов, стороны имеют возможность рассмотрения их споров третейскими судами, а в некоторых случаях прибегают к административным международным процедурам.

В 2017 г. начал свою работу Третейский суд для разрешения споров с венчурными инвестициями, который кроме третейского разбирательства предлагает спорящим

²⁵ Adjudicating intellectual property disputes. An ICC report on specialised IP jurisdictions worldwide // URL: <http://iccbooks.ru/upload/iblock/ea6/ea6cd91337bf8c83dc08abf253be8e21.pdf> (Дата обращения: 29.01.2017).

также и услуги по медиации.

С учетом того, что большинство венчурных отношений осложнено спецификой интеллектуальных прав, данный Третейский суд может стать первой негосударственной площадкой альтернативного разрешения споров в области ИС.²⁶

(v) Резиденты и нерезиденты

Традиционно сравнивают патентную активность резидентов и нерезидентов, то есть считают отдельно заявки, поданные гражданами и юридическими лицами, зарегистрированными по законодательству юрисдикции патентного ведомства, и заявки, поданные «из-за рубежа».

Сравнение количества регистрационных действий, совершенных в пользу отечественных или зарубежных заявителей, следует признать недостоверным и во многом бессмысленным.

Понятно, что физические лица – правообладатели редко являются значимыми участниками оборота,²⁷ а

²⁶ URL: <http://arbitrations.ru/press-centr/news/biznes-dolzhen-byt-proinformirovan-o-vozmozhnosti-obrashcheniya-v-treteyskie-sudy/>.

²⁷ Исключение составляют разве что некоторые случаи регистрации товарных знаков на имя индивидуальных предпринимателей, которые сами являются выгодоприобретателями (бенефициарами) и концентрируют в своих руках основной актив принадлежащего им бизнеса – бренд (в России, например, Цикорий, Бэби-клуб).

организация, обращающаяся в патентное ведомство, – это оболочка, выполняющая функцию держателя актива (IP-holder, IP-box), и место ее регистрации не определяет ни территориальное происхождение РИД, ни место образования доходов или их налогообложения. Наконец, подобного рода статистика не отражает случаев принадлежности одних и тех же РИД одновременно нескольким правообладателям, в том числе из разных юрисдикций.

По статистике к резидентам формально будет относиться и 100% дочерняя компания иностранного холдинга, которая создана и функционирует в интересах исключительно своей головной компании-нерезидента. Если, например, по обществам с ограниченной ответственностью в России еще можно установить, что их участниками являются «иностранные элементы», то по акционерным обществам никаких достоверных данных об их принадлежности нерезидентам нет (сведения об акционерах не публикуются).

Целесообразно ли вообще наблюдать такое разделение? Вряд ли, так как речь идет о юридических формах организации бизнеса, а экономические отношения при этом могут складываться в совершенно иных формах. Единственное практическое значение – это вычисление размера пошлин и определение валюты платежа для тех юрисдикций, где они еще различаются, а также необходимость привлечения профессионального патентного поверенного.

По состоянию на 01.12.2016 (наиболее свежие доступные данные) в РФ было зарегистрировано 4,6 млн

юридических лиц, 3,6 млн зарегистрированных индивидуальных предпринимателей.²⁸ В то же время мы не имеем представления о том, сколько из них являются «предприятиями с иностранными инвестициями», какая часть действует в интересах российской экономики, а какая работает «за рубежом», являясь инструментами иностранных экономик.

(vi) Топ-игроки

Наиболее активные игроки рынка патентных услуг попадают в отчеты ВОИС как самые активные заявители. Наиболее активных игроков рынка ИС надо искать в судебной статистике и новостях деловых изданий.

Топ-100 мировых патентообладателей – заявители только из 9 стран: Япония (46 компаний), Китай (20), Республика Корея (16), США (8), Германия (4), Тайвань (3) и по одному – из Франции, России и Швеции.

В основном в этом списке международные компании, но в качестве исключения – 11 университетов из КНР и 1 из Кореи, а также единственный частный правообладатель – это россиянин О.М. Квасенков с более чем 3,4 тыс. заявками по итогам 2014 г. (а всего с 2010 по 2013 г. – 12,6 тыс. патентных заявок) – по данным 2015 г. он занимает *21-е место в мире*.

²⁸ URL: https://www.nalog.ru/html/sites/www.new.nalog.ru/docs/otchet/1ip_2016_12.zi z. (Дата обращения: 22.02.2017).

Кроме того, что это единственный россиянин в рейтинге, это еще и единственный индивидуал, все остальные – компании. Всего у Олега Ивановича уже более 30 тыс. патентов – это больше, чем у любой другой российской компании. Ученый работает в сфере пищевой промышленности, его изобретения в основном относятся к промышленным рецептурам и способам обработки.

Начало 2010-х гг. было ознаменовано господством таких корпораций, как Panasonic, Canon, Toyota Jidosha и Samsung Electronics, каждая из которых подавала не менее 20 тыс. заявок в год.

Сегодня лидерство – за информационными технологиями: IBM, Qualcomm, Samsung, Google Inc., Microsoft занимают первые строчки в рейтингах.

В середине топ-100 американских правообладателей находится Boeing Corporation – обладатель более 8 000 патентов США и 13 500 действительных патентов по всему миру. Свои патенты Боинг лицензирует и правительству США, и другим компаниям, но доходы от этих лицензий нельзя назвать значительными (точные цифры не публикуются).²⁹

По состоянию на конец 2015 г. в компании Boeing было занято 161 400 работников. Общий бюджет научно-

²⁹ URL: <http://www.iam-media.com/Magazine/Issue/72/Features/The-1000-club-the-entities-that-own-over-half-of-all-in-force-US-patents>. (Дата обращения: 22.02.2017).

исследовательских проектов в 2015 г. составил 3,3 млрд долл. США (включая финансирование, полученное по государственным заказам и проектам со-финансирования), что составляет 4,05% от общей суммы расходов компании в 2015 г.

В годовом отчете упоминается, что в 2015 г. компания осуществила оценку своих нематериальных активов, относящихся к *goodwill* (в общем, это можно отнести к стоимости бренда). Компания считает, что в совокупности стоимость таких активов составляет 490 млн долл. США, с учетом оценки собственного бренда и других брендов, которыми владеет холдинг (*Gepessen, Avial*).

При этом корпорация не считает, что утрата или истечение срока действия какого-либо из патентов или лицензий является существенным риском для бизнеса.³⁰

Компания не выделяет в официальной отчетности доход от использования ИС, но основной доход получает от продажи продукции и оказания услуг, но постоянно внедряет инновации во всех своих сферах деятельности – от глубоководных спускаемых аппаратов до амуниции для астронавтов, не говоря уже о самолетной технике. Только одному Боингу-787 посвящено чем 1000 патентов и заявок, оформленных авиаконцерном.³¹

Свою интеллектуальную собственность компания называет “наше золото”, самые успешные изобретатели

поощряются наградами, а в недавнем прошлом состоялось чествование первого в истории Boeing сотрудника, ставшего автором в 100 патентах.

Управлением ИС и лицензированием ИС занимаются отдельные структуры, но в рамках единой компании. Ранее это были самостоятельные юридические лица, но в последние 4 года компания перешла к стратегии *single company*.

Возможно, это не попадает в годовые финансовые отчеты и сведения, раскрываемые SEC, но Boeing даже фотографии своих самолетов не предоставляет бесплатно. Для этого функционирует специальный сайт www.boeingimages.com, на котором предлагается выбрать условия лицензирования того или иного объекта примерно по 10 (!) параметрам. В среднем, стоимость годовой лицензии на 1 снимок составит от 80 до 3 000 долл. США.

Если компания приобретает права на эти инновации, в ее бюджете должен наблюдаться значительный расход на выплату лицензионных платежей – роялти – но этого нет. Следовательно, компания либо осуществляет соответствующие исследования и формирует свой интеллектуальный портфель за свой счет (не выделяя на это и 5% своего бюджета), либо пользуется иными средствами поиска инноваций – например, наймом необходимых специалистов в штат.

Между тем, сама компания признается, что аэрокосмическая индустрия не предполагает громких судебных тяжб и основные угрозы нарушений

³⁰ The Boeing Company Annual Report 2015. P. 2.

³¹ URL: http://www.boeing.com/news/frontiers/archive/2010/may/i_eot.pdf
(Дата обращения: 22.02.2017).

интеллектуальной собственности относятся к несанкционированному использованию брендов в сети Интернет, для борьбы с которыми выделена специальная команда.

Патенты для компании – это, прежде всего, сдерживающий фактор. Во-первых, это способ продемонстрировать уровень собственной технической экспертизы – есть патенты, есть и компетенции. Во-вторых, это препятствие для конкурентов – если они видят патенты, они понимают, что лучше им заняться чем-нибудь еще.

Можно сказать, что коммерциализация и патентование для специалистов Боинга являются разными направлениями деятельности.

В топ-20 российских патентообладателей по итогам 2015 г. входят 4 физических лица, 9 вузов, но сложно назвать кого-либо из них лидерами рынка интеллектуальной собственности, как и нефтяные компании (ПАО «Татнефть им. В.Д. Шашина», ПАО «Газпром», ОАО «Российские железные дороги»).

В топ-100 российских патентообладателей 44,3% всех патентов принадлежат 17 «индивидуалам» (!).³² По этому показателю Россия занимает лидирующую позицию в сравнении с любой другой страной мира. Их называют

³² Куракова Н.Г., Цветкова Л.А., Зинов В.Г. Патентный ландшафт, РФ, созданный резидентами страны: анализ выявленных проблем. С. 70 // URL: <http://ecna.elpub.ru/jour/article/viewFile/49/44> (Дата обращения: 28.01.2017).

«технологическими драйверами», но в списках Forbes ни один из этих патентных «тяжеловесов» не значится.

Между тем, официально принятыми в Российской Федерации руководящими документами ставится задача именно на увеличение количества патентов, а достижения измеряются по позиции в рейтинге, составленном опять же, исключительно по количественным параметрам.

Само по себе увеличение количества патентов не говорит об объеме возможностей его владельца. Это понятно не только на примере отечественных супер-продуктивных частных изобретателей. В известной серии судебных процессов *Apple v. Samsung*, которые развернулись в США и Европе, а также некоторых других юрисдикциях, из тысяч патентов, которыми владела компания-истец на дату подачи первого иска (в 2001 г.), она смогла использовать только 5 патентов, из которых 4 были патентами на промышленные образцы. При этом некоторые из них последовательно были признаны недействительными USPTO и Европейским судом.³³

³³ URL: <http://www.fosspatents.com/2016/01/apples-patent-litigation-against.html>

По этому вопросу см. также:
<http://patentlyo.com/patent/2015/08/griswold-patent-damages.html>
<https://ru.scribd.com/document/274897046/15-08-05-Non-final-Rejection-of-Apple-D-677-Patent> (Дата обращения: 28.01.2017).

(vii) Оценка перспектив: гонка патентов или надувание пузыря?

В 2015 г. в мире насчитывалось 10,6 млн действующих патентов, из них 2,64 млн (24,9%) – американские.³⁴

Если следовать официальным данным, бурный рост числа патентных заявок, подаваемых ежегодно, приходится на начало 1980-х гг. До этого времени общее число заявок, ежегодно подаваемых во всем мире, не превышало 200 тысяч.³⁵

С 1883 по 1963 г. лидером по числу принятых заявок было Патентное ведомство США, а с 1964 по 1969 гг. лидерство по числу заявок принадлежало СССР.

В начале 1970-х гг. фиксируется резкое увеличение количества заявок в Японии, которая стала лидером по числу принятых заявок и оставалась таковым до 2005 г., за которым последовала аналогичный рост в США. На фоне поступательного возрастания заявок, подаваемых в другие офисы, взрывной рост показало патентное ведомство Китая (SIPO), число заявок у которого начинает лавинообразно расти примерно с 2005 г., все увеличивающимися темпами.

Как и любая статистика, эти данные сами по себе

³⁴ World Intellectual Property Indicators 2016. P. 28. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. (Дата обращения: 28.01.2017).

³⁵ World Intellectual Property Indicators 2016. P.23. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf (Дата обращения: 28.01.2017).

ничего не значат.

Во-первых, большинство правообладателей, действительно занимающихся защитой своих интеллектуальных активов, одновременно подают заявки на получение патентов в несколько юрисдикций.

Поэтому вполне возможно, что когда заявители в Японии увеличили число заявок, через некоторое время на основе этих же заявок были сделаны и заявки в США.³⁶

Понимая это, ВОИС вводит понятие «патентных семей», пытаясь распределить все подаваемые заявки на новые и дублирующие, и приходит к выводу, что только 52% всех мировых заявок являются новыми, а остальные – повторяются из одной юрисдикции в другую.³⁷

Здесь же нужно учесть, что значительная часть из таких «новых» заявок может относиться к селективным изобретениям (*selection, selective inventions*), которые по существу представляют собой отдельные избранные варианты уже известных технических решений и используются для искусственного продления сроков полезной защиты. В некоторых отраслях – особенно химии, фармацевтике доля таких селективных заявок доходит до

³⁶ В соответствии с Парижской конвенцией об охране промышленной собственности это можно сделать в течение 12 мес. с даты приоритета первой заявки, сохранив при этом ее приоритет.

³⁷ World Intellectual Property Indicators 2016. С. 25. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. (Дата обращения: 28.01.2017).

93%, а патентов – до 84%.³⁸

Выше мы уже обратили внимание на рекордные цифры, которые показывает китайская система.

На наш взгляд, на этом примере можно продемонстрировать мультифункциональность патента как средства защиты ИС – сегодня патент уже не просто «общественный договор» или средство склонить конкурента к выплате роялти, но и инструмент международного влияния.

Среди патентоведов “китайский патент” уже становится нарицательным понятием. Средний представитель этого вида – это небольшое по объему описание, в котором рассказывается о последних достижениях местной промышленности без каких-либо подробных обоснований, приводится 1-2 примера применения, но вот формула представляет собой достаточно широкое и мощное описание варианта технического решения, может быть и не всегда реализуемого на практике.

Например, китайский производитель химических удобрений приводит в формуле описание композиции из двух действующих веществ, которые могут быть смешаны в

³⁸ В своей статье «Миф о мифе, или Рождение селективных изобретений из пены бумажной» А.В. Михайлов приводит данные из зарубежной публикации Munich Intellectual Property Center 2014 г. См. Михайлов А.В. Указ соч. // Журнал Суда по интеллектуальным правам. URL: <http://ipcmagazine.ru/patent-law/the-myth-of-the-myth-or-the-birth-of-selective-inventions-of-paper-foam>).

диапазонах от 1:1000 до 1000:1.³⁹

Специалисты по агротехнике понимают, что одна тысячная пестицида – это микроскопическая доза, а наоборот, превышение нормы даже в несколько раз (не говоря уже о тысяче) – это гарантированный лунный пейзаж вместо всходов. То есть, заявитель намеренно широко расставляет пределы диапазона – где-то внутри есть правильное соотношение, но не обязательно оно известно даже заявителю.

Тем не менее, такая заявка публикуется в открытых базах и автоматически попадает в мировой уровень техники, например, для российских изобретений (п. 2 ст. 1350 ГК РФ). Отныне любая поданная российским заявителем заявка на аналогичное решение, но с нормально применимым диапазоном, будет отклонена. А на практике нужно учесть и еще одну особенность: дата публикации – это публикация на национальном языке. На английском как правило заявка появляется спустя 2-3 месяца, может быть и позже. Не всем заявителям доступен поиск на китайском языке – а ведь если наша заявка будет подана позднее китайской, полученный патент может быть признан недействительным.

Получается, что в России или другой стране местные конкуренты будут бороться друг с другом за патент (или против патента), ссылаясь на китайский источник, автор которого об этом даже не подозревает, но именно он один и

³⁹ См., например, патент CN CN102037986 https://worldwide.espacenet.com/publicationDetails/biblio?II=0&ND=3&adjacead=true&locale=en_EP&FT=D&date=20110504&CC=CN&NR=102037986A&KC=A (Дата обращения: 28.01.2017).

останется в выигрыше, когда национальный патент будет признан недействительным, ничто не помешает экспорту китайского товара на эту территорию.

Китайские заявители и не думают о том, чтобы получать патенты в других странах, они захватывают мир, не выходя из дома: “испортив” всем остальным новизну и не оставляя шанса на патентование кому-либо в России, Германии, Японии, они фактически сохраняют эти рынки для своей продукции, которая как правило доступнее местной и всегда найдет своего покупателя. Таким поставщикам не нужна “легальная монополия”, им нужно, чтобы такой монополии не было ни у кого другого. Потому что они контролируют рынок другим способом, а патент рекомендуется оформлять только тогда, когда нет других способов овладеть рынком.

К каким последствиям это может привести? У национальных заявителей просто не останется возможности патентовать собственные разработки, следовательно они не смогут ограничить ввоз на свои рынки более дешевого китайского продукта, а поскольку реальной возможности защититься на территории Китая от копирования и заимствований у такого производителя тоже нет, то вполне возможно, что его же продукт будет заимствован, произведен в КНР и привезен в страну.

Какое объяснение может быть дано бурному росту числа регистраций в США?

Действительно в Северной Америке, начиная с 80-х гг.

XX века, набирает обороты тенденция искусственного раздувания патентных портфолио с приоритетом количества над качеством.

Постепенно и под давлением финансовых структур сложилась ситуация, когда именно количество патентов является показателем успешности предприятия, внушительности его защиты и возможности создания угрозы нарушителю.

Но при этом среди всей массы патентов в среднем только 3-5% – это действительно стоящие технические решения, остальные – это какие-то незначительные вариации, отдельные составляющие или варианты дизайнов.⁴⁰

Часто даже сами владельцы не имеют представления, какие из их патентов действительно стоящие, а какие относятся к такого рода бесполезному “окружению” – *surplus assets*. Поэтому предметом сделки являются либо весь набор, либо акции компании-владельца – так надежнее.

В 2012 г. *America Online (AOL)* продала более чем 800 своих патентов компании *Microsoft* за 1,1 млрд долл. Была ли эта сделка и эта цена обоснованной? Вполне возможно, что приобретателя интересовал доступ к технологиям, а не конкретным патентам, но пришлось выкупить весь набор.

⁴⁰ Ludlow T. Trends In Technology IP Licensing/
URL:
http://www.ipo.org/wp-content/uploads/2014/12/IPLicensingTrends_TerryLudlow1.pdf
(Дата обращения: 28.01.2017).

Сегодня если американская компания видит перед собой правообладателя с всего лишь с несколькими объектами, то она как правило решит оспорить эти патенты, нежели договориться о сделке. Если же вам противостоит контрагент с несколькими сотнями – оспорить их все вы не сможете, поэтому придется договариваться.

Когда инвестиционные банки поняли, что патенты могут “разгонять” стоимость сделок, они стали требовать от бизнеса оформления их в количестве большем, чем нужно. При том, что традиционно экспертиза в Патентном ведомстве США строилась на основе деклараций самого заявителя, который же и принимает риск оспаривания патента в суде, это создало благоприятную почву для быстрого роста объемов.

Реагируя на такой «нездоровый рост», западные исследователи создали отдельное направление, посвященное исследованиям качества патентов и его влиянию на состояние предпринимательства.⁴¹

Большинство авторов при этом сходятся в том, что уже давно назрела необходимость “поднимать планку” – *raise the bar*, поскольку низкое качество патента – источник неопределенности и негативный фактор для инновационной

⁴¹ Одно из последних исследований, посвященных этой проблеме, см.: Squicciarini, M., H. Dernis and C. Criscuolo (2013), “Measuring Patent Quality: Indicators of Technological and Economic Value”, OECD Science, Technology and Industry Working Papers, 2013/03, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5k4522wkw1r8-en>. (Дата обращения: 28.01.2017).

экономики.

Например, известно, что наличие патента у компании увеличивает шансы на получение венчурных инвестиций и увеличивает ликвидность. При этом инвестор не будет иметь дело с компанией, которая сталкивается с обвинениями в нарушении патентных прав других лиц, даже со стороны так называемых *non-practising entites* (NPE – правообладатели, которые сами не используют принадлежащие им РИДы, а специализируются на получении доходов от судебных тяжб). И поскольку шанс столкнуться с такого рода претензиями напрямую зависит от проработанности формулы вашего собственного патента и сопутствующих технических деталей, то есть от качества патента, более качественный патент позволит избежать этих рисков.

Качество патента измеряется широтой его охвата: количеством включенных классов МПК, составом формулы (количество и соотношение зависимых и независимых пунктов), а также частотой цитирования и принадлежностью к патентным семьям.

(viii) Место России и российских компаний на международном рынке ИС

Для оценки степени участия российских компаний на международном рынке ИС необходимы объективные данные: публикуемые годовые и иные отчеты, обзоры рынков в соответствующих юрисдикциях, сведения о

патентной активности.

Эти данные публикуют только крупные публичные корпорации. Трансграничная активность других участников рынка остается неизвестной. Но мы можем снова обратиться к открытым данным патентной статистики.

В официальных документах ВОИС принято разделение всех стран мира на 4 категории, по уровню доходов:

- страны с высоким уровнем доходов;
- с высоко-средним уровнем доходов (*upper middle-income*);
- с низко-средним уровнем доходов (*lower middle-income*);
- с низким уровнем доходов.

В числе прочих, КНР, Россия и Бразилия отнесены к «средним» странам.⁴² Сравнивать нужно похожие величины, а российскую экономику адекватно можно сравнивать с экономикой Бразилии и Южной Кореи.

Патентная активность резидентов и нерезидентов в России, Бразилии и Корее:⁴³

2015 г. (место в мировом рейтинге)	Россия	Бразилия	Республика Корея
Патенты	10	25	4
Товарные знаки	10	13	7
Промышленные образцы	23	20	2

Патентное ведомство Республики Корея (Korean Intellectual Property Office) входит в пятерку патентных ведомств – лидеров по числу заявок, принятых в 2015 г. (4-е место), Россия – 8-е место, Бразилия – 10-е.

Но место в «десятке» еще ничего не означает, ведь на первую пятерку приходится 82,5% всех поданных заявок и 82% всех зарегистрированных патентов.⁴⁴ Причем, 6-е место по заявкам занимает Германия, которая приняла заявок немногим меньше, чем весь Европейский Патентный офис.

Любопытно, что 53,5% заявок, поданных во всем мире, было подано в странах, отнесенных к «странам с высокими показателями доходов» (*high-income countries*)⁴⁵, что, по мнению ВОИС, отражает высокий уровень расходов на научные исследования.

⁴² Точнее, к «*upper middle-income group*». В эту же группу входит, например, Иран.

⁴³ World Intellectual Property Indicators 2016. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. (Дата обращения: 28.01.2017).

⁴⁴ World Intellectual Property Indicators 2016. P.28. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. (Дата обращения: 28.01.2017).

⁴⁵ World Intellectual Property Indicators 2016. P.22. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf. (Дата обращения: 28.01.2017).

Между тем, практикующие специалисты рекомендуют выбирать юрисдикцию для патентной защиты не с точки зрения места изобретения, а с точки зрения *потенциального рынка*. То есть, выбор юрисдикции обусловлен не местом проведения исследования, а местом будущей коммерциализации его результатов. С этой точки зрения, данный показатель (более половины всех заявок остаются в развитых экономиках) может говорить о том, что они и есть наиболее предпочтительные рынки для коммерциализации и позволяет опровергнуть догадки об «экономическом насилии» развитых стран над развивающимися, когда патенты используются как средства «международного налогообложения» (правообладатель получает роялти от использования его патентов в развивающихся странах).

Россия входит в топ-20 стран по числу заявок, подаваемых по всему миру и в 2015 г. отмечен небывалый рост заявок – плюс 18,5% по сравнению с 2014 г., но это все же *на порядок* меньшее количество заявок, чем у лидеров.

Большинство заявок, подаваемых российскими резидентами, по официальным данным ВОИС, относятся к сфере пищевой химии (в целом по миру лидер – компьютерные технологии).⁴⁶

По состоянию на 01.02.2017 в России действует 232 тыс. патентов на изобретения, 53 тыс. патентов на полезные модели, 30 тыс. патентов на промышленные образцы.

⁴⁶ World Intellectual Property Indicators 2016. P.26. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2016.pdf (Дата обращения: 28.01.2017).

В 1930-1960-х гг. СССР являлся активным и заметным участником трансграничных технологических сделок – причем, Советское правительство не только приобретало лицензии иностранных партнеров (Франция, Италия, Япония, США) в области машиностроения и химии, но и являлось экспортером в области химии, энергетики и других отраслей.

Сегодня среди экспортеров технологий в отечественной экономики остаются предприятия оборонного комплекса и атомной энергетики (структуры Росатома).

Инновационная активность крупных российских компаний – например, топ-игроков нефтегазовой, автомобилестроительной, авиационной промышленности, продолжает оставаться на низком уровне.⁴⁷

Следовательно, не приходится ожидать от этих компаний и активности на рынке ИС – в то же время, как мы отмечали выше, формальное сравнение показателей патентной статистики, которое всегда оказывается не в пользу отечественных правообладателей, не раскрывает реального положения дел: общее небольшое количество патентов и невысокий уровень цитирования вовсе не демонстрируют отсталость, скажем ПАО «Лукойл» от западных конкурентов – вполне возможно, что по своему техническому содержанию один российский патент на новый, более быстрый и надежный способ электрокаротажа скважин окажется ценнее 1 000 американских, описывающих какие-то отдельные аспекты морально устаревшей

⁴⁷ См.: Национальный доклад об инновациях в России – 2016 // http://www.rvc.ru/upload/iblock/b6d/RVK_innovation_2016_v.pdf (Дата обращения: 28.01.2017).

технологии.

Кроме того, отечественные индустриальные гиганты зачастую предпочитают финансировать инновации и пользоваться их плодами, нанимая подрядчиков – в этом случае патенты и права на другие объекты ИС оформляются на имя соответствующих проектных институтов и НПО (часто – частные компании), а они не заинтересованы в их больших количествах, так как уже являются эксклюзивными подрядчиками естественного монополиста, а западные рынки для них принципиально недоступны.

В некоторых исследованиях можно встретить утверждение, что крупный российский бизнес сегодня не заинтересован в инновациях и не формирует запросы на производство РИД на рынке, обходясь как правило закупками оборудования или работой внутренних команд.⁴⁸

Сегодня в России обсуждается ряд новых мер, направленных на улучшение защищенности ИС отечественных разработок – среди них следует отметить предложения по восстановлению поощрений для частных изобретателей и рационализаторов, создание Патентного фонда.⁴⁹

⁴⁸ См.: Интеллектуальная собственность и развитие общества: время прагматики. М., 2013, С. 11 // <http://sk.ru/news/b/news/archive/2013/05/22/issledovanie-po-voprosam-intellektualnoy-sobstvennosti-i-innovaciy.aspx>

⁴⁹ Более подробно об этом см.: Концепция создания и функционирования Патентного фонда // http://www.rvc.ru/upload/iblock/373/201512_Concept_of_creation_and_functioning_of_the_patent_fund.pdf

Следует отметить, что участникам проекта «Сколково» предоставляются денежные средства – в форме безвозмездных микро-грантов, покрывающих расходы на международное патентование. Особая заслуга в этом принадлежит Центру интеллектуальной собственности Фонда «Сколково», который взял на себя работу по организации международного патентования для участников Проекта на льготных и более удобных условиях (чего стоит хотя бы открытие постоянного представительства ВОИС в Сколково).

Известны и некоторые сделки по импорту технологий с участием российских и иностранных компаний.

Например, компания Renault s.a.s является одним из акционеров ПАО «АвтоВАЗ» и кроме того лицензиаром по ряду лицензионных договоров, по которым АвтоВАЗ получил от Renault права пользования секретами производства (ноу-хау) для производства, сборки и продажи лицензионных автомобилей и силовых агрегатов. Лицензионные платежи по таким договорам составляют в среднем внушительные 9,5-10,1 млрд руб. в год.

Предоставление лицензии в отношении ноу-хау в данном случае было дополнено акционерными отношениями, которые позволили правообладателю контролировать исполнение сделки пользователем и видеть ситуацию «изнутри» – без этого сделка только в отношении ноу-хау была бы ненадежной, так как иностранный правообладатель не мог получать достоверную информацию об объемах использования его интеллектуальной собственности, о соблюдении режима

использования и принимать профилактические меры по управлению рисками.

В некоторых примерах предоставление прав на использование ИС дополняется пакетом инжиниринговых услуг (внедрение технологии, пуско-наладочные работы), технической поддержкой и консультированием, поставкой расходных материалов и т.д.

Так, например, в рамках проекта ГК «Роснано» по созданию региональных Центров трансфера технологий были закуплены комплекты высокотехнологичного оборудования для проведения исследований и прототипирования в химии, электронике, биологии и других отраслях. Нередко элементом сделки по поставке исследовательского комплекта являлся пакет лицензионных прав по использованию специализированного программного обеспечения или ноу-хау, относящегося к методикам использования приборов – таким образом зарубежные компании увеличивали свою доходность по сделкам и заодно использовали дополнительные механизмы контроля – прекращение лицензии могло повлечь существенное ограничение функциональности лабораторий.

(е) Геополитические тренды в области интеллектуальной собственности

(i) Инновации и социально-экономическое развитие

В литературе предлагаются различные подходы к определению инноваций.

Например, А.А. Голубев полагает, что «под инновациями (англ. «innovation» – новшество, нововведение, новаторство) современная наука понимает достижения различных областей науки, применение которых повышает эффективность функционирования социально-экономической системы (предприятия, организации, отрасли, национальной экономики).⁵⁰

И.В. Ершова определяет инновации несколько иначе: «Под инновациями (нововведениями, новшествами) понимают конечный результат интеллектуальной деятельности, получивший реализацию в виде нового или усовершенствованного товара, реализуемого на рынке нового или усовершенствованного технологического процесса, используемого в практической, в том числе

⁵⁰ А.А. Голубев. Экономика и управление инновационной деятельностью: Учебное пособие. СПб., 2012. С.7.

предпринимательской деятельности».⁵¹

Н.М. Розанова считает, что инновация представляет собой процесс нововведений на основе научно-исследовательских и опытно-конструкторских разработок нового продукта посредством трансформации идей в опытные образцы и последующего его внедрения в повседневную жизнь производителей и потребителей.⁵²

Представляется, что целесообразно опираться не на определение инноваций, разрабатываемое в науке, а на официальные и практически используемые определения. Так, в соответствии с «Концепцией инновационной политики Российской Федерации на 1998–2000 годы» инновация определяется как *«конечный результат инновационной деятельности, получивший реализацию в виде нового или усовершенствованного продукта, реализуемого на рынке, нового или усовершенствованного технологического процесса, используемого в практической деятельности».*

В законодательстве понятие инновация было впервые введено в 2011 году в Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике».⁵³ Согласно закону, **ИННОВАЦИЯ** представляет собой *«введенный в употребление новый или*

⁵¹ Ершова И. В. Предпринимательское право: Учеб. для вузов. М., 2005. С. 320

⁵² Розанова К. М. Структура рынка и стимулы к инновациям // Проблемы прогнозирования. 2002. № 3. С. 93.

⁵³ См.: Федеральный закон от 21.07.2011 № 254-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О науке и государственной научно-технической политике».

значительно улучшенный продукт (товар, услуга) или процесс, новый метод продаж или новый организационный метод в деловой практике, организации рабочих мест или во внешних связях».

Полагаем, что наиболее точное и работоспособное определение используется Росстатом для проведения статистических исследований. Росстат опирается на следующее определение инновационной деятельности: **инновационная деятельность** – вид деятельности, связанный с трансформацией идей (обычно результатов научных исследований и разработок либо иных научно – технических достижений) в технологически новые или усовершенствованные продукты или услуги, внедренные на рынке, в новые или усовершенствованные технологические процессы или способы производства (передачи) услуг, использованные в практической деятельности. При этом выделяются следующие виды инноваций: инновационные товары, работы и услуги, технологические инновации, маркетинговые инновации, организационные инновации и экологические инновации.⁵⁴

Социально-экономическое развитие представляет собой достаточно емкое понятие, включающее в себя не только собственно экономические показатели, такие как конкурентоспособность экономики, и уровень развития инноваций, но и уровень жизни населения, его благосостояние, обеспечение возможности получения качественного образования и медицинской помощи, доступа

⁵⁴ URL: http://www.gks.ru/free_doc/new_site/business/nauka/minnov-16.htm

к национальным и мировым культурным ценностям⁵⁵.

Интеллектуальная собственность способна оказывать серьезное влияние на все данные процессы, поскольку, по справедливому замечанию Генерального директора ВОИС, интеллектуальная собственность сегодня находится не на периферии экономической системы, а в ее центре⁵⁶.

Все страны в современную эпоху решают задачу развития инновационной экономики, и право интеллектуальной собственности позволяет защитить конкурентные преимущества тех, кто создает инновационные продукты.

Интеллектуальная собственность также обеспечивает распространение новых продуктов и технологий, способствует созданию новых рабочих мест. Только в индустрии культуры, согласно статистике, занято порядка 30 млн человек. С другой стороны, связь между правом ИС и устойчивым социально-экономическим развитием не является однозначной. Эффективность права ИС в отношении социально-экономического развития зависит от многих факторов, включая уровень экономического развития, человеческий капитал, уровень предпринимательской активности и конкуренции и др. Эффективность ИС зависит во многом от того, как и

⁵⁵ См., например: Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-р

⁵⁶ Речь на Международной конференции по интеллектуальной собственности и развитию. Женева, Швейцария. 7 апреля 2016 г.

насколько правильно политика в данной сфере встроена в более общую политику государства, касающуюся экономических вопросов, образования, науки, здравоохранения и доступа к культуре и знаниям.

Таким образом, геополитические тренды в сфере ИС определяют сегодня осознание того факта, что ИС должна служить интересам развития национальной экономики и общественного развития в целом.

По определению К. Хаусхофера, одного из основателей геополитики как науки, геополитика представляет собой «географический разум государства». Геополитика концентрирует внимание на политических явлениях, стремится дать их географическую интерпретацию и является сегодня одним из важных факторов, который учитывается при прогнозировании государственной политики ведущих стран и развития различных регионов.

В сфере ИС, соответственно, тренды, связанные с геополитикой, свидетельствуют о том, что право ИС может быть использовано не просто как универсальный инструмент защиты интеллектуальных прав, но и как правовой инструмент достижения национальных и региональных интересов, причем как в собственно экономической сфере, так и в сфере общественного развития.

От **государства** зависит то, насколько эффективной будет применение права ИС для развития национальной экономики.

Шаги, направленные на приведение национального законодательства в сфере интеллектуальной собственности

в соответствие с мировыми стандартами и участие в международных договорах, должны быть хорошо продуманы и взвешены, так чтобы создать необходимые правовые условия для развития собственных инноваций. Так, по оценке Бюро технической оценки проектов при конгрессе США, «когда Соединенные Штаты были все еще относительно молодой и развивающейся страной, они отказывались соблюдать международные права на интеллектуальную собственность на том основании, что свободный доступ к произведениям иностранных авторов способствовал их социально-экономическому развитию».⁵⁷

Учитывая процессы глобализации, в современных условиях такой подход неприменим. Рост международной торговли, потребность в инвестициях, а также развитие информационных технологий и стандартизации стимулируют развитие национального законодательства, вступление стран в международные соглашения, а также поиск иных путей взаимодействия в сфере ИС. Однако, как свидетельствует практика, для большинства государств соответствие максимально высоким стандартам защиты ИС не является самоцелью, и страны используют различные возможности (наличие гибких норм в международных соглашениях, включение выгодных для себя условий по использованию и защите интеллектуальных прав в двусторонние и многосторонние международные торговые соглашения, заключение специальных соглашений по ИС со

⁵⁷ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information, OTA-CIT-302, Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1986. P.228.

странами-партнерами), чтобы обеспечить свои национальные интересы.

(ii) Региональные системы защиты прав на ИС

В связи с новым уровнем международного технологического развития, а также развитием мировой торговли и инвестиций, вопросы защиты прав ИС стали критически важными для социально-экономического развития различных стран. В связи с этим страны будут принимать определенные усилия для обеспечения своих интересов в этой сфере, в частности передачи технологий. При этом очевидно, что интересы в сфере трансфера технологий в частности и ИС в целом развитых и развивающихся стран не совпадают и отстаивание интересов будет в том числе происходить при формировании правовых норм в отношении прав на ИС.

Интересы групп стран выражаются в стратегическом видении дальнейшего развития институтов ИС. Позиция какой группы стран будет более убедительной, интересы этой группы будут более защищенными в дальнейшем развитии мировой торговли.

В качестве примера можно привести Антиконтрафактное торговое соглашение (Anti-counterfeiting Trade Agreement (ACTA) – международный акт, целью которого является установление высоких стандартов по

защите интеллектуальной собственности.

Первоначальный вариант разработан в 2006 году Японией и США при активном участии Европейского союза. В 2011-2012 году соглашение было подписано значительным числом государств, включая Европейский союз. Однако по причине массовых протестов подписавшие страны так и не ратифицировали соглашение, поэтому международный документ фактически не действует. При голосовании в Европейском парламенте против ратификации соглашения проголосовали 478 члена парламента, а за – только 39.

С самого начала интересы технологически развитых стран и корпораций логика экономического развития полностью определяли международную систему прав на ИС. Однако возможно и обратное влияние, когда изменение правовых норм в направлении гибкости правил, а не ужесточения защиты, сможет повлиять на экономику и будет содействовать распространению и использованию технологий развивающимися странами. Развитие международного правового регулирования ИС в этом ключе может оказать позитивное влияние на международный трансфер технологий.

Развитие региональных систем охраны ИС необходимо рассматривать как устойчивую и важную тенденцию в современной геополитике.

Региональные системы охраны в отличие от глобальных систем охватывают меньшее количество участников, но имеют преимущество, выражающееся в сочетании общей процедуры предоставления охраны и национального режима действия. То есть пользователь

системы может не только подать общую заявку сразу в несколько стран-участников соглашения, но и получить единый охранный документ, который будет действовать в каждой стране-участнике.

Такой эффект достигается только при отсутствии противоречий между национальными законодательствами стран-участников системы, поэтому применение региональных систем будет все более эффективным в случае гармонизации законодательств и присоединения к системе все большего количества участников.

Евразийское патентное ведомство (ЕАПВ)

Показательным геополитическим трендом является развитие единой системы патентования в рамках евразийского экономического союза.

В 2015 году сохранились тенденции стабильной работы ЕАПВ. В 2015 году в ЕАПВ поступила 3491 евразийская заявка из 69 стран.

В электронной форме подано 2307 евразийских заявок или около 67% от общего числа поступивших евразийских заявок, что на 5% больше, чем в 2014 году. Наибольшее количество заявок из стран-членов ЕАПО поступило из Российской Федерации (298 заявок), Республики Беларусь (169 заявок) и Республики Казахстан (52 заявки). Увеличилось количество выданных патентов.

В Реестре евразийских патентов зарегистрировано за

отчетный период 1829 патентов, что на 13,89% больше, чем в 2014 году. Владельцами евразийских патентов стали представители 59 государств. Наибольшее количество патентов получено заявителями из США, Германии и России.



В то же время, на примере ЕАПВ проявляются и некоторые проблемы региональной патентной интеграции.

Так, например, национальное законодательство об ИС имеет зачастую более развитое патентное законодательство, более совершенные и современные процедуры – ведь к услугам ведомств весь государственный юридический аппарат.

Административные процедуры оспаривания действий патентных органов, патентов тоже как правило недостаточно

проработаны, органы не имеют достаточно широкой практики и системного опыта их рассмотрения.

Нередки случаи, когда различия национального и регионального регулирования, например, в части определения новизны, приводят к тому, что Евразийский патент признается недействительным, а его национальный аналог остается в силе.

Невозможность судебного оспаривания решений административного органа также представляет собой дополнительный риск для правообладателя.

Транстихоокеанское партнерство (TPP)

В 2016 году 12 стран (Австралия, Бруней, Вьетнам, Канада, Малайзия, Мексика, Новая Зеландия, Перу, Сингапур, США, Чили, Япония) подписали преференциальное торговое соглашение, целью которого является снижение тарифных барьеров, а также установление единых правил в сфере экологии, инвестиционных споров и ИС. Хотя в соглашении участвуют не только развитые, но и развивающиеся страны, страной, которая его наиболее активно продвигала и которая должна была стать основным бенефициаром действующего соглашения считается США.

По оценке исследователей, реализация соглашения должна была увеличить реальный доход американцев в сумме на 131 млрд долларов, или на 0,5% от ВВП, а ежегодный экспорт к 2030 году на 357 млрд долларов или на

9,1 %.⁵⁸

В мае 2015 г. лауреат Нобелевской премии по экономике Пол Кругман (*Paul Krugman*) выразил обеспокоенность тем, что ТПП приведет к ужесточению патентного законодательства и позволит корпорациям, таким как крупные фармацевтические компании и Голливуд получить преференции за счет потребителей, а люди в развивающихся странах будут лишены доступа к лекарствам.⁵⁹

Аналогичные опасения были высказаны специалистами в Канаде и Австралии. Действительно, соглашение предполагает введение обязательной уголовной ответственности за нарушение прав ИС, установить максимальные сроки охраны, которые, в том числе, будут задерживать выход на рынок производителей дженериков.

В январе 2017 года Президент США Дональд Трамп подписал указ о выходе США из соглашения. Трамп аргументировал свою позицию негативными эффектами соглашения для простых американцев и тем, что США должны заключать прежде всего двусторонние соглашения. Серьезных экономических доводов в пользу выхода из ТПП приведено не было.

⁵⁸ Petri P.A., Plummer M.G. The Economic Effects of the Trans-Pacific Partnership: New Estimates // Peterson Institute for International Economics Working. 2016. Paper No. 16-2.

⁵⁹ Paul Krugman "Trade and Trust" // The New York Times, 22 May 2015

Трансатлантическое торговое и инвестиционное партнерство (ТТИП)

В настоящее время активно ведутся переговоры по заключению соглашения о свободной торговле между Европейским Союзом и США, в котором также планируется урегулировать вопросы защиты ИС.

В то же время согласование вопросов защиты ИС в рамках данного соглашения сталкивается со значительными трудностями. Хотя и ЕС и США имеют системы регулирования с высоким уровнем защиты ИС, их различия, обусловленные особенностями национальной правовой системы, крайне сложно преодолеть. Кроме того, критики соглашения с обеих сторон указывают на значительное сходство с АСТА, что также может служить препятствием для унификации регулирования. Согласно прогнозам, приведенным в исследовании для Европейского Парламента, вероятнее всего, в рамках будущего соглашения ЕС и США сосредоточат свои усилия на кооперации в вопросах борьбы с нарушениями прав ИС в третьих странах.⁶⁰

Страны БРИКС и политика в области интеллектуальной собственности

Согласно исследованиям профессора Кембриджского университета Х. Рузе-Кхан (*H. Ruse-Khan*), история развития права ИС в различных странах свидетельствует о том, что

⁶⁰ Overcoming Transatlantic differences on intellectual property. European Union, 2014. P.30.

страны выбирали различные подходы, которые объединяло одно: все они стремились адаптировать систему ИС к своим внутренним потребностям в области развития.

Судя по всему, страны, которые принимали сознательные решения о своих системах ИС, адаптировали внутренние системы интеллектуальной собственности к своему уровню развития. В частности, «история законодательства в области ИС в тех странах, которые в настоящее время считаются развитыми, показывает, что они не вводили усиленную охрану до тех пор, пока не достигали соответствующего уровня развития».

Общий вывод из вышесказанного заключается в том, что при разработке национальных систем ИС нет единого решения для всех.⁶¹

Для стран БРИКС в настоящий момент первостепенное значение имеет развитие сотрудничества в тех отраслях национальной экономики, которые позволяют развивать собственные инновации, а также адаптировать право ИС в решении актуальных проблем в сфере социально-экономического развития.

Например, в 2015 году в Москве состоялся Гражданский форум БРИКС, в котором приняли участие более 300 делегатов, представлявшие правительства и гражданские организации Бразилии, России, Индии, Китая и ЮАР.

⁶¹ Доклад о международной конференции по интеллектуальной собственности и развитию. Восемнадцатая сессия. Женева, 31 октября – 4 ноября 2016 г. ВОИС. Документ № CDIP/18/3. С.7.

В Заявлении участников Гражданского форума, в частности, указывалось на необходимость сосредоточить усилия на укреплении сотрудничества в сфере сбалансированного регулирования прав интеллектуальной собственности в целях содействия торговле и развитию. Как наиболее важная сфера взаимодействия стран БРИКС в сфере ИС участниками форума рассматривалась фармацевтика: «Обеспечение достижения доступа к безопасным и недорогим лекарствам путем обеспечения адекватного финансирования систем здравоохранения и полного использования возможностей, которые дает соглашение ВТО по торговым аспектам интеллектуальной собственности (ТРИПС). Страны БРИКС должны оценить необходимость реформирования ТРИПС, исходя из потребностей обеспечения мировых нужд в сфере здравоохранения, а также продвигать сотрудничество друг с другом в целях обмена технологиями для расширения локального производства лекарств, вакцин, диагностической и медицинской аппаратуры всех стран БРИКС».⁶²

Рекомендации по развитию в странах БРИК сбалансированного регулирования ИС можно обобщить следующим образом⁶³:

- Установить максимально широкое ограничение патентных прав, связанное с экспериментальным

⁶² Заявление участников Гражданского форума стран БРИКС. Обращение к лидерам стран БРИКС. Москва, 2015.

⁶³ Reichman J.H. Intellectual Property In The Twenty-First Century: Will The Developing Countries Lead Or Follow? // *Houst Law Rev.* 2009 January 31; 46(4)

использованием и научными исследованиями в целях обеспечения возможности создавать новые изобретения на основе уже существующих;

- Предоставление судебным органам или иным государственным органам полномочий по принятию решения о предоставлении доступа к изобретениям на основании неисключительной лицензии;
- Введение эффективного механизма принудительного лицензирования, который бы ограничивал антиконкурентные практики по блокированию зависимых патентов (позволил обладателям зависимых патентов развивать новые технологии, не нарушая монопольного права обладателя основного патента);
- Обеспечение в строго определенных случаях возможности предоставления принудительных лицензий для целей некоммерческого использования государством или третьими лицами в интересах государства или иных значимых публичных интересах.

Все перечисленные меры не противоречат действующим международным соглашениям в сфере ИС. В то же время для их внедрения необходимы предварительное исследование экономических рисков (анализ краткосрочного и долгосрочного воздействия новых средств регулирования на объемы и распределение иностранных инвестиций), правовых рисков (анализ обеспечения правовой определенности после введения нового регулирования) и продуманная комплексная стратегия.

Раздел II.

Право интеллектуальной собственности в контексте новых технологий и инновационной деятельности

Введение

С 70-х годов XX века наш мир развивается вокруг информационных технологий.

В это время была заложена элементная база современной электроники, и очень быстро выяснилось, что новый компьютер невозможно сконструировать без использования компьютеров предыдущего поколения, а главное – без соответствующего программного обеспечения. Почти одновременно с этим произошел экономический прорыв за счет удешевления массового электронного продукта и стали возможными персональные компьютеры.⁶⁴

Это, в свою очередь, привело к появлению новых феноменов информационно обмена и поставило множество серьезных задач перед специалистами в области ИС, заставив их приспосабливаться к новым условиям.

Сегодня право ИС стоит сталкивается с новыми вызовами: Интернет вещей (IoT) и 3D-печать считаются базовыми моментами нового, «шестого уклада» в области информационно-коммуникационных технологий (ИКТ), обещающими еще раз перевернуть представления об образе жизни обычного человека.

Развитие новых производственных технологий (3D-печать, роботизированное производство и прочее) неизбежно изменит машиностроение и все традиционные отрасли промышленности.

Каждый новый шаг человечества по пути технического прогресса ставит один и тот же вопрос: готово ли наше регулирование к этому, или нет? И где тот порог, перешагнув который современный человек поворачивается с интеллектуальной собственностью как с институтом архаичным, охранительным – или может быть, в новый технологичный, свободный мир без границ он возьмет с собой именно интеллектуальную собственность, которая воспитала в нем уважение к собственному и чужому труду.

Не стремясь составить исчерпывающее описание всех современных проблем, с которыми теоретики и правоприменители в области ИС сталкиваются в наше время, мы проиллюстрируем подходы к их решению на примере некоторых наиболее актуальных вопросов повестки дня, поставленных стремительным развитием информационных технологий и коммуникационными возможностями, а также развитием предпринимательских моделей и практик открытых инноваций (*open innovations*).

Попробуем оценить, как новые технологии влияют на право интеллектуальной собственности, узнаем, влияет ли оно на развитие и применение новых технологий, и если влияет, то каким образом.

⁶⁴ Вызов 2035 / Агамирзян И. Р. и др.; Сост. Буров В. В. — М.: 2016 // http://www.rvc.ru/upload/iblock/327/challenge_2035.pdf

2.01 Робототехника, искусственный интеллект и ИС

Сегодня человечество переживает последствия «третьего компьютерного тектонического сдвига»: первый случился в 80-х гг. XX века, когда компьютеры изменили поведенческие модели потребителей в отношении объектов авторского права и информации; второй наступил в 90-х годах – Интернет-революция открыла возможности неограниченного распространения любого контента.

А третий – в наше время – это когда компьютерные технологии стали сами создавать охраняемые результаты.⁶⁵

Введенная Вернором Винджем в 1992 году, концепция технологической сингулярности говорит о наступлении в скором времени (на горизонте 2030 года) момента, по прошествии которого технический прогресс станет настолько быстрым и сложным, что окажется недоступным пониманию.

Технологическая сингулярность наступит как результат развития искусственного интеллекта (ИИ) и самовоспроизводящихся машин, интеграции человека с вычислительными машинами либо значительного

скачкообразного увеличения возможностей человеческого мозга за счет биотехнологий.⁶⁶

Итак, речь идет не о том, что компьютерные технологии облегчают творчество и делают его возможным – это уже прошлый и пережитый этап. Сегодня человек сделал возможным компьютерное творчество – и это пока еще нераскрытая и неопиcанная проблема, в том числе и для специалистов в области ИС.

Создаваемые ими объекты – изображения, музыкальные произведения, тексты порой неотличимы от произведений живых людей.

В середине 2000-х годов технологии генерации научных текстов продвинулись настолько, что такие тексты стали не только публиковать в научных реферируемых изданиях, но и даже выдавать патенты. В уважаемых научных изданиях было обнаружено более 120 подобных «искусственных» наукообразных публикаций.⁶⁷

Тем не менее результаты такой работы нельзя в полной мере назвать новыми объектами – с точки зрения форм и концепций это все те же привычные нам произведения, пусть и усложненные, объемные. Лишенная воображения машина воспроизводит категории и образы, заложенные в нее человеком, поэтому подлинного

⁶⁵ Annemarie Bridy. Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author // <https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/kernochan/09.materials-Bridy.pdf>

⁶⁶ Вызов 2035 / Агамирзян И. Р. и др.; Сост. Буров В. В. — М.:, 2016 // http://www.rvc.ru/upload/iblock/327/challenge_2035.pdf

⁶⁷ См., напр.: Publishers withdraw more than 120 gibberish papers // <http://www.nature.com/news/publishers-withdraw-more-than-120-gibberish-papers-1.14763>

творчества, создания чего-то абсолютно нового не происходит.

В отличие от сложных креативных компьютерных систем, и роботы, и Интернет вещей (IoT) – это средства производства – исполнительные механизмы, решающие поставленные человеком прикладные технические задачи. Какое отношение к ним и результатам их применения имеет интеллектуальная собственность?

Понятно, что алгоритмические решения, положенные в основу этих устройств и способов – это объекты традиционной защиты ИС – изобретения, полезные модели, промышленные образцы и объекты ноу-хау. Генерируемая ими информация может быть защищена в качестве объекта смежных прав, если соответствует признакам охраноспособности (например, база данных для ЭВМ или сборник).

(а) Авторство на сгенерированный контент

Вопрос о возможности защиты контента, созданного компьютером, авторским правом остается дискуссионным: ведь творческие способности до настоящего времени признавались только за человеком. Машина автором не является – это признается большинством. Но если один автор создал алгоритм и принципы работы искусственного интеллекта, а другой человек ими воспользовался – и появился новый результат (например, созданный при помощи программных инструментов исходный код

мобильного приложения), кто должен быть признан автором этого нового объекта – создатель инструмента или его пользователь? Можно ли считать обоих соавторами?

Можно было бы считать автора такого ценного инструмента, алгоритма или вычислительного комплекса соавтором появляющегося результата, если бы он заложил хотя бы какие-то контуры, основы его (ведь нельзя же быть автором того, о чем сам не имеешь ни малейшего представления) – но система работает автономно, учится сама и сама принимает решения, независимо от его создателя.

Так, например, в компьютерных играх стали использоваться алгоритмы моментального генерирования контента (*procedural content generation – PCG*), которые в режиме реального времени создают на экране пользователя и в памяти ЭВМ сложные и высокодетализированные пространства, персонажи, тексты, сформированные в том числе и вместе остальными игроками, превращая игру в бесконечность. Вообще игровые пространства и миры и порождаемые ими вполне материальные, офлайн-результаты еще только предстоит осмыслить.

Оказывается, так называемое алгоритмическое творчество имеет достаточно длинную историю, восходящую к 18-му веку,⁶⁸ а первые компьютерно-сгенерированные результаты появились в США еще в 1965 г., что уже вызвало

⁶⁸ Burkhard Schafer. Editorial: the future of IP law in an age of artificial intelligence // <https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/12/13-3-schafer.pdf>

недопонимание: нужно ли предоставлять охрану таким «произведениям» или нет.

Однако наиболее значимо то, что техника предыдущих поколений не участвовала в решении таких интеллектуальных задач как создание и улучшение изображений, нечеткий анализ большого объема данных (box data), создание программного кода, музыкального произведения и др. Если вы использовали фотоаппарат, то он был просто «техническим посредником», средством между вами и пейзажем, не принося в него ничего «личного». ⁶⁹ Сегодня системы поддержки принятия решений и искусственного интеллекта помогают и медикам, и юристам, беря на себя часть их работы.

Развитие алгоритмов искусственного интеллекта и одного из его направлений – лингвистического интеллекта, значительно улучшило качество литературных и технических переводов. Литературный перевод традиционно считается отдельным произведением, которому предоставляется правовая охрана – но будет ли охраняться результат машинного перевода? А если такой перевод был отредактирован, хотя и в незначительной части, человеком? Возможно, ответ на этот вопрос заключается в том, что ни автор инструмента, ни сам инструмент не вносят

⁶⁹ Интересно, что появление первых фотоаппаратов в 80-х гг. XIX века действительно поставило вопрос о том, можно ли считать фотографию произведением, а фотографа – его автором, так как съемка представлялась чисто техническим процессом, а полученные изображения – объективным отображением реальности, не испорченным человеком (*Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58-59 (1884)).

творческого вклада в создание финального результата, поэтому автором будет признаваться только ее оператор, пользователь, настроивший систему на создание определенного объекта.

Американские исследователи в этом случае предлагают опираться на доктрину *work-for-hire*, но не в смысле признания компьютера «нанятым работником», а в том смысле, что юристы уже должны были привыкнуть к тому, что права авторства не всегда закрепляются за тем, кто фактически создавал объект, и что в общем-то в эпоху цифрового контента не так уже и обязательно следовать локковской концепции естественного права автора на созданное им произведение. ⁷⁰

Сами же по себе новые интеллектуальные системы, в том числе саморазвивающиеся и обучаемые еще не стали отдельной, особенной категорией результатов интеллектуальной деятельности – и на наш взгляд, не смотря на техническую сложность их создания, юридических предпосылок к этому пока нет.

Пока роботы не обладают самосознанием, они не будут беспокоиться о нарушении своих интеллектуальных

⁷⁰ Annemarie Bridy. Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author // <https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/kernochnan/09.materials-Bridy.pdf> (считается, что концепция защиты «автора и изобретателя», усвоенная американскими отцами-основателями и вложенная в Конституцию США, была рецепирована в праве Англии, где она сложилась под влиянием экономического учения Джона Локка и его идеи об авторе как собственнике результатов своего труда).

прав, а отношения между создателями и пользователями роботов могут быть урегулированы имеющимися средствами.

Другим аспектом участия искусственного интеллекта (AI) в правоотношениях, связанных с ИС, является существенная зависимость таких систем от доступа к знаниям и предыдущим РИД. Машинное обучение требует переработки огромных массивов информации, среди которых неизбежно попадают объекты, защищенные в совершенно разных режимах – это уже нельзя назвать обычным «чтением», – специалисты называют это «копанием» (*data mining*) и требуют введения специальных режимов его осуществления.

(b) Алгоритм AI как объект патентования

В 2015 г. компьютерная программа AlphaGo впервые обыграла 18-кратного чемпиона мира и обладателя 9-го дана по китайским шахматам «го» Ли Седола. До недавнего прошлого это считалось просто невозможным.

Потребуется ли столь изощренные алгоритмы и их создатели пересмотреть наши представления об изобретениях-способах и программах для ЭВМ как литературном произведении?

В условиях, когда большая часть кода программы может быть сгенерирована автоматически и не требует значительных усилий для ее создания, а основная ценность

программы заключается в ее алгоритме, архитектуре и функциях (которые могут быть воспроизведены любым другим текстом, даже на другом языке), смысл «литературной» охраны теряется и на первый план выходит защита проектного решения.

Сегодня такие решения охраняются как способы – но несмотря на распространенность «софтверных» патентов, в практике многих ведомств все-таки сохраняется определенное консервативное отношение к таким изобретениям – они требуют подробного описания действия, совершенного при помощи одного материального объекта над другим материальным объектом, которое должно привести к определенному результату.

В некоторых случаях ведомства позволяют считать таким материальным объектом «компьютерные или электронные сигналы» и дают разрешение на патентование, в других – требуют, чтобы в таком качестве выступала «стандартная ПЭВМ», но в любом случае «материальность» требований не отвечает в полной мере качеству современных изобретений в области ИКТ и нейротехнологий, ценность которых не обязательно заключается в появлении новых свойств и явлений, а может выражаться в изменении режима функционирования устройства или расширении его применения.⁷¹

⁷¹ В принципе, текущие требования к техническому результату как к объективно проявляющемуся и измеримому техническому эффекту, содержащиеся, например, в Руководстве по экспертизе заявок на изобретения, утвержденном Приказом Роспатента от 25.07.2011 № 87, вполне подходят для софтверных патентов, о чем свидетельствует и

2.02 Защита ИС в условиях распространения технологий 3D-печати

Трехмерную (3D) печать многие исследователи называют одной из главных черт «мира ближайшего будущего» – той технологией, которая доступна уже сейчас и обещает вскоре стать настолько распространенной, чтобы через какие-то 10-15 лет просто перевернуть быт каждого человека.

Помимо бытового применения 3D-печати существует множество других перспективных отраслей, в которых эта технология уже используется: энергетика, медицина и стоматология, ресторанное дело, мода, логистика, фармакология, машиностроение, самолетостроение и т.д.

3D-печать активно используется при создании архитектурных и медицинских макетов, корпусных деталей, прототипов, презентационных моделей, комплектующих и сувениров.

3D-принтеры активно используются в строительстве промышленных объектов и жилых домов в США, КНР, Юго-Восточной Азии и уже больше не являются «экспериментальными».⁷²

обширная практика выдачи таких охранных документов отечественным Ведомством.

⁷² См., напр.: <https://all3dp.com/best-3d-printed-house-building/>

Согласно исследованию консалтинговой компании *Gartner*, опубликованному в 2015 году, поставки 3D-принтеров будут расти в среднем на 121,3% до 2019 г., а объем рынка 3D-принтеров перешагнет 14,6 миллиардов долларов.⁷³

Сегодня во многих странах мира существуют законы, регулирующие 3D-печать не только в контексте гражданского права, но и во всех сферах жизнедеятельности, в том числе, даже уголовного права. Так, например, в одном из штатов Австралии максимальный срок лишения свободы за хранение цифровой модели, позволяющей распечатать огнестрельное оружие, составляет 14 лет⁷⁴. При этом этот закон, действительно, применяется, и есть прецедент ареста за 3D-печать реплик пистолетов (в соответствии с законодательством штата Новый Южный Уэльс уголовная ответственность предусмотрена не только за изготовление огнестрельного оружия, но и за хранение чертежей, по которым его можно изготовить, в том числе их цифровых моделей).⁷⁵

<http://www.totalkustom.com/rudenko-s-3d-printer.html>. Экспериментальный строительный 3D-принтер использует стандартный портланд-цемент и заливает раствор со скоростью до 10 см³/сек.

⁷³ Forecast: 3D-Printers, Worldwide, 2015, Gartner, 17 September 2015, G00277739; [Электронный доступ], URL: <https://www.gartner.com/doc/3132417/forecast-d-printers-worldwide->

⁷⁴ Australia's most populous state just made it illegal to possess plans for 3D printed guns [Электронный доступ], URL: <http://www.digitaltrends.com/cool-tech/3d-guns-banned-australia/> (дата обращения 20.01.2017)

⁷⁵ Man charged over alleged manufacture of firearms with a 3D printer – SCC Firearms Squad, [Электронный доступ], URL:

Британский журнал *The Economist* в 2012 году посвятил свою статью «The third industrial revolution» (англ. «Третья индустриальная революция») внедрению в повседневную деятельность компаний и физических лиц 3D-печати, указывая на возможные глобальные изменения в процессах и в отношении к производству.⁷⁶

Предполагаемые последствия распространения 3D-печати могут быть настолько существенны, что приведут к смещению экономического баланса на международной арене.

Один из наиболее влиятельных стратегических теоретиков современности Ричард д'Авени в качестве возможных последствий распространения технологии 3D печати отмечает изменение роли Китая и других стран-источников дешевой рабочей силы, в результате появления новых возможностей механизации ручного труда.⁷⁷

http://www.police.nsw.gov.au/news/media_release_archive?sq_content_src=%2BdXJsPWh0dHBzJTnBJTJGJTJGZWJpenByZC5wb2xpY2UubnN3Lmdvdi5hdSUyRm1lZGhJTJGNjE0MDkuaHRtbCZhbGw9MQ%3D%3D (дата обращения 01.03.2017)

⁷⁶ A Third Industrial Revolution, *The Economist*, Apr. 19, 2012; [Электронный доступ], URL: <http://www.economist.com/node/21553017>

⁷⁷ Richard D'Aveni. 3-D Printing Will Change the World, 2013, *Harvard Business Review*, 2013; [Электронный доступ], URL: <https://hbr.org/2013/03/3-d-printing-will-change-the-world>

(а) Угрозы интеллектуальным правам, связанные с распространением 3D-печати

С одной стороны, 3D-печать, или более широко – любые технологии, позволяющие сравнительно легко, в обход традиционных индустриальных технологий, воспроизвести (скопировать!) объект с заданными характеристиками и конфигурацией предоставляют человечеству недоступные до этого возможности сделать качественный скачок, упрощая приобретение и использование материальных ресурсов и сокращая капитальные затраты.

С другой стороны, технология 3D-печати и другие способы создают более простые условия для нарушений исключительных прав в силу того, что вкупе со скоростью распространения информации снижают практически до нуля издержки на распространение и воспроизведение результатов интеллектуальной деятельности.

При этом угрозе нарушения подвержены все основные институты права интеллектуальной собственности: и авторское право,⁷⁸ и патентное право, и средства индивидуализации (товарные знаки).

В связи с этим юриспруденция должна быть готова к преобразованиям общего экономического состояния и иметь

⁷⁸ Авторское право охраняет архитектурные произведения, произведения дизайна, в том числе чертежи и 3D-модели, которые теперь могут быть легко скопированы или воспроизведены при помощи техники, не требуя квалифицированного участия.

возможности обеспечить баланс интересов и права каждого из участников гражданского оборота в новых реалиях.

В первую очередь, при разрешении вопросов правового регулирования 3D-печати необходимо понять суть нового феномена, с юридической точки зрения.

3D-печать представляет собой технологию, позволяющую создавать трехмерный материальный объект по образцу, который хранится в цифровом виде в компьютерном файле, методом послойного нанесения расходных материалов (пластики и полимеры, цементный раствор, металлы и др.).

Первым этапом при 3D-печати является создание электронной модели объекта, его электронного образа. Наиболее распространенным форматом электронных моделей являются так называемые **CAD-файлы** (Computer Aided Design), в русскоязычной литературе используется аббревиатура **САПР** (Система автоматизированного проектирования).

CAD-проектирование и компьютерное моделирование известно с середины 70-х гг. XX века. В 1990 г. было начато проектирование самолета «Боинг-777». Этот самолет на 100% сконструирован только с применением ЭВМ, без единого бумажного чертежа. На компьютере также был смоделирован процесс сборки, что позволило оптимизировать и сократить расходы на производство.⁷⁹

⁷⁹ http://www.aviationexplorer.com/777_facts.htm

Поэтому само по себе компьютерное моделирование не стало фактором прорыва, хотя значительно упростило решение инженерных задач и породило новые риски, связанные с несанкционированным копированием и распространением файлов – физически электронный чертеж скопировать и транслировать легче бумажного комплекта (комплект документации, например, на один реактивный двигатель может состоять из миллионов листов и занимать объем 20-30 кубометров), но для электронных носителей применяются технические средства защиты и аутентификационные метки.⁸⁰

На новый уровень эту проблему перевело появление технологий 3D-сканирования, позволяющих по готовому изделию воссоздать 3D-модель, что открывает возможности по их последующему воспроизведению (новый способ *reverse-engineering* (реинжиниринг)).

3D-модель используется **компьютерной программой**, которая рассчитывает алгоритм и исполняет CAD-файл, управляя исполнительными устройствами, которые послойно или создают заданный **3D-объект**.

⁸⁰ В первом Разделе мы уже упоминали о проблеме охраны от хищений результатов научно-технической деятельности, созданных научными учреждениями СССР. Одним из аспектов этой проблемы является утечка электронных данных – нередко институты, КБ или оборонные предприятия становились объектами рейдерства, в ходе которого добывались копии электронных архивов для их последующего коммерческого использования. При этом возникает проблема юридической чистоты интеллектуальных прав в отношении подобного ода изделий, но при отсутствии доказательств происхождения документации защита прав государства часто оказывается невозможной.

Современные модели дополняют инструментами машинного зрения, контролирующими процесс выполнения в автоматическом режиме, чтобы полностью устранить необходимость человеческого вмешательства. Также CAD-файл может быть загружен в память управляемого ЭВМ обрабатывающего роботизированного станка.

Таким образом, в процессе 3d печати участвуют следующие объекты, с которыми могут быть связаны те или иные права интеллектуальной собственности:

- специальное программное обеспечение
- 3D-модель (CAD-файл)
- 3d принтер
- 3D-объект (объект, получаемый в результате трехмерной печати)

С точки зрения права интеллектуальной собственности компьютерная программа и 3D-принтер не представляют какого-либо особенного интереса, в связи с тем, что не являются принципиально новыми элементами: все исследователи единогласно считают, что программа, применяющая CAD-файл, ничем не отличается от любой другой компьютерной программы и должна охраняться как литературное произведение, а 3D-принтер, в случае наличия в нем уникальных элементов и технических решений, должен охраняться подходящими правовыми механизмами интеллектуальной собственности.

Наиболее обсуждаемым вопросом является правовой режим 3D-модели и создаваемого по этой модели

экземпляра, в связи с чем необходимо определить, насколько эти новые для права ИС элементы укладываются в существующий правовой порядок и есть ли необходимость в создании новых норм, регулирующих использование 3D-печати и ее результатов.

Представляется целесообразным рассмотрение этих двух элементов с позиций каждого из институтов охраны исключительных прав.

(b) Авторское право и 3D-печать: тест на оригинальность

Авторское право, в отличие от патентного права и защиты товарных знаков, не требует предварительной регистрации для охраны – объект авторского права защищается в силу факта его создания, если отвечает необходимым условиям.

Универсальным условием признания объекта авторского права охраноспособным является оригинальность произведения. Понимание критерия «оригинальность» для объектов авторских прав отличается в зависимости от юрисдикции.

Например, в Великобритании суд по делу *University of London Press Ltd* против *University Tutorial Press Ltd*, которое легло в основу понимания критерия «оригинальность» для этой юрисдикции, высказался следующим образом: «После признания того, что предметом спора являются

«литературные произведения», возникает вопрос, являются ли они оригинальными. Слово «оригинальный» в этой связи не означает, что произведение должно быть выражением творческого или изобретательского мышления. Законы об авторском праве касаются не оригинальности идей, а объективного выражения мыслей, и, в отношении «литературного произведения», выражения мысли в печатном или письменном виде. Требуемая оригинальность касается выражения мысли. При этом Закон не требует, чтобы это выражение было в оригинальной или новаторской форме, однако работа не должна быть скопирована с другой работы – оно должно быть создано автором».⁸¹

Господствующая и по сей день в Великобритании и в других странах общего права (например, в Австралии⁸² и Канаде⁸³) доктрина получила условное обозначение «*sweat of the brow*», то есть «в поте лица».

В США суды также долгое время отдавали предпочтение концепции «в поте лица», однако в 1991 году в ходе рассмотрения одного из дел – спора *Feist Publications, Inc. против Rural Telephone Service Co* отношение к ней изменяется.⁸⁴ В этом деле американский суд разъяснил, что смысл авторского права не в том, чтобы вознаградить усилия лица, собравшего информацию воедино (что

утверждает доктрина «в поте лица»), а в том, чтобы, в соответствии с разделом 8 ст. 1 Конституции США «поощрять развитие наук и полезных искусств», то есть поощрять творческое самовыражение.

С принятием указанного решения, позиция американских судей приблизилась к европейскому пониманию критерия оригинальности, согласно которому под оригинальностью понимается самовыражение автора в созданном им объекте и разногласия касаются лишь требований к творческой составляющей.

В российском праве критерием оригинальности является «творческий труд». В соответствии с п. 1 ст. 1228 ГК РФ «автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат».

Таким образом, необходимо определить, что собой представляет САД-файл (3D-модель) и можно ли говорить о его охраноспособности.

Исследователи рассматривают САД-файл с двух основных позиций: 1) как цифровую модель 3D-объекта и 2) как особый вид программного обеспечения.

(i) САД-файл как цифровая модель

Восприятие САД-файла как цифровой модели требует проводить различие между файлами, созданными в результате компьютерного моделирования, и 3D-моделями,

⁸¹ University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601

⁸² Telstra Corp. v. Desktop Mktg Sys., 2001. F.C.A. 612

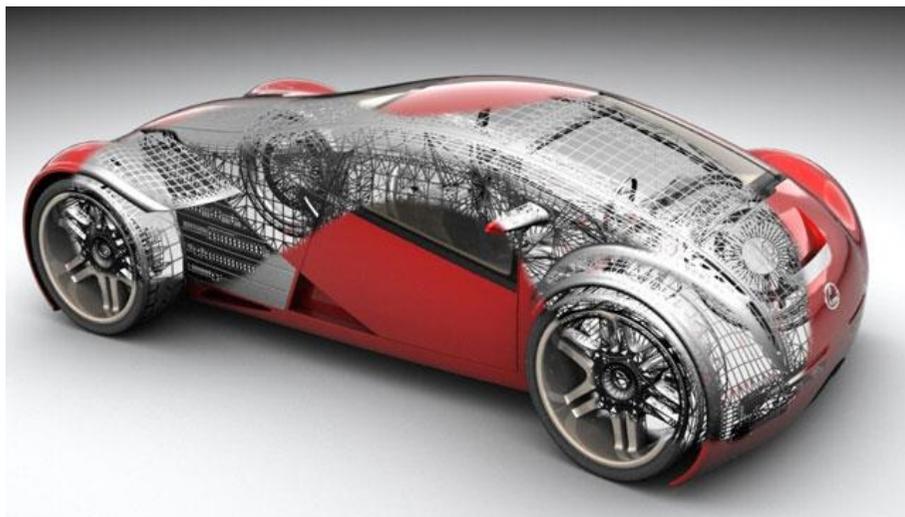
⁸³ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 SCR 339 [CCH]

⁸⁴ Feist Publications Inc., v. Rural Telephone Service Co. 499 U.S. 340 (1991)

полученными при сканировании уже существующего объекта.

В связи с тем, что критерием охраноспособности является его оригинальность, отношение к 3D-модели, созданной непосредственно посредством компьютерного моделирования нового объекта, и 3D-модели, созданной посредством сканирования существующего, отличается.

В США вопрос о правовом статусе компьютерных моделей был рассмотрен в 2008 году в деле *Meshwerks Inc. v. Toyota Motor Sales USA Inc*⁸⁵. . Рассмотрим кратко предмет спора, а также позицию и аргументацию суда.



⁸⁵Meshwerks, Inc. v. Toyota Motor Sales USA, Inc., 528 F.3d 1258 (10th Cir. 2008), [Электронный доступ] URL: <https://h2o.law.harvard.edu/collages/4744> (дата обращения 02.02.2017)

Корпорация Toyota в 2003 году заключила соглашение о проведении рекламной кампании с рекламным агентством Saatchi & Saatchi. Одна из идей рекламы заключалась в том, чтобы использовать цифровые модели автомобилей, цвет, дополнительные аксессуары, используемые материалы и другие детали, которые могут быть изменены потенциальным покупателем на Интернет-сайте автоконцерна «в пару кликов».

Работы по оцифровке и моделированию автомобильного ряда были поручены исполнителю – компании *Meshwerks Inc.*

Доказывая свои авторские права, *Meshwerks Inc.* утверждала, что процесс оцифровки и моделирования потребовал много времени и сил, так как не все детали автомобиля могли быть оцифрованы существующими технологиями и была необходима доработка «вручную».

Спор возник в силу того, что, как на то ссылался истец, по договору с *Grace & Wilde*, он разрешил использование цифровых моделей только в одной конкретной рекламе, и не давал разрешения на какие-либо другие способы использования, в том числе, на интернет-сайте и в других рекламных роликах и объявлениях.

Таким образом, *Meshwerks Inc.* полагало, что автоконцерн нарушил его исключительное право на созданные 3D-модели.

Суд не согласился с доводами истца, посчитав, что в созданных цифровых копиях автомобилей точно отражались

уже существующие объекты, и роль Мешуэрс Инк. заключалась только в копировании автомобилей Тойота в цифровой вид так, чтобы эти автомобили могли быть изменены при помощи компьютера другими лицами.

Так же как и фотографии, цифровые модели не получают охраны per se (сами по себе, независимо от чего-либо), а только при наличии творческого вклада. Дизайн автомобилей был разработан Тойотой, что подтверждается наличие большого числа соответствующих патентов. Цифровые модели Мешверкс представляют собой лишь копию данного дизайна, хотя и созданную в другой форме.

В то же время суд признал, что в случае цифровых моделей речь идет о новых технологиях, в отношении которых судебная практика еще не сформировалась. Хотя данные конкретные цифровые модели не являются оригинальными и, следовательно, не защищаются авторским правом, можно допустить, что в будущем цифровые модели будут использоваться не только в целях создания точных копий, но и для создания охраноспособных произведений.



Источник: <http://toplowridersites.com>

Таким образом, в соответствии с американской судебной практикой, вне зависимости от того, скопирован ли объект при помощи 3D-сканнера или непосредственно создан при помощи компьютерного моделирования, принципиальное значение имеет то, является ли созданная

модель копией существующего объекта или представляет собой новое произведение.

Полученная в результате 3D-сканирования цифровая модель всегда предполагает копию уже имеющегося в реальности объекта и, в соответствии с американским подходом, не может быть объектом авторского права. В то же время созданный при помощи компьютерного моделирования дизайн может быть как копией, так и оригинальным произведением, и в последнем случае будет охраняться авторским правом.

Однако если обратиться к логике английского суда, изложенной в решении по делу *University of London Press Ltd* против *University Tutorial Press Ltd*, 1916 (о котором мы упоминали выше), вероятнее всего, работу Мешуэркс Инк. по созданию цифровых моделей следовало признать достаточно оригинальной и порождающей новое объективное выражение автомобиля. Работа Мешуэркс Инк. не была копией, следовательно, в соответствии с английским пониманием критерия «оригинальности» истец имел исключительное право на созданные им объекты.

В России цифровые 3D- модели имеют несколько больше шансов на защиту средствами авторского права, поскольку закон предъявляет меньшие требования к уровню оригинальности.

Согласно пункту 1 статьи 1259 ГК РФ объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения

произведения. Объектом авторского права является только такой результат, интеллектуальной деятельности, который создан творческим трудом, однако пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом. Таким образом, авторское право России содержит **презумпцию оригинальности**.

Данный вывод основан на судебной практике, связанной с авторскими правами на фотографические произведения, которые традиционно сопоставляют с 3D-моделями, так как в обоих случаях речь идет о копировании.

Так, Суд по интеллектуальным правам в своем постановлении 2014 года по делу № А24–1669/2013 признал ошибочными и незаконными решения нижестоящих судов, в соответствии с которыми отснятые истцом видеок cadры не являются результатом творческого труда по подбору и расположению видеоматериала, не носят оригинальности, уникальности, неповторимости и, соответственно, не могут быть признаны объектом авторского права в соответствии с пунктом 1 статьи 1255 ГК РФ.

Суд по интеллектуальным правам пришел к выводу, что *«процесс создания любой фотографии или видеозаписи является творческой деятельностью, поскольку представляет собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности»*.

Можно предположить, что в российских судах при наличии хотя бы минимального уровня оригинальности и

хорошо продуманной аргументации 3D-модели также могут получить авторско-правовую защиту.

Очевидно, что при создании объекта САД-файла с помощью 3D-сканнера осуществляется технический перенос реального объекта в цифровой формат. Цифровая модель может быть объективирована либо в виде визуализации на мониторе компьютера, либо в виде напечатанного материального объекта.

Созданная путем механического сканирования цифровая модель, с точки зрения права интеллектуальной собственности, не является самостоятельным охраноспособным объектом, а представляет собой одну из форм выражения отсканированного, первичного объекта – это может быть, в частности, произведение дизайна или архитектуры, промышленный образец или элемент, внешний вид которого не охраняется (например, если копируется технический узел или объект природного происхождения).

Вместе с тем у лица, организовавшего создание цифровой модели объекта, по аналогии с публикаторами, изготовителями фонограмм, изготовителями баз данных и т.д. должно возникать *смежное право* на созданную модель.

На примере приведенного американского прецедента, можно сделать вывод, что оцифровка и моделирование материальных объектов, в тех случаях, когда процесс не ограничивается простым применением 3D-сканнера, требуют не меньших усилий, чем изготовление фонограммы аудиозаписи или публикация литературного произведения.

Более того, внушительные перспективы 3D-моделирования требуют адекватной правовой защиты для лиц, осуществляющий это вид деятельности, что говорит о необходимости включения в главу 71 Гражданского кодекса Российской Федерации § 7 о смежных правах создателя 3D-модели объекта.

Другим аспектом охраны 3D-моделей является необходимость ограничения их свободного распространения. По аналогии с Интернет-ресурсами, на которых осуществляется распространение нелегального цифрового контента, сегодня существуют онлайн-банки с цифровыми копиями моделей, чертежей и исходных файлов для 3D-принтеров и обрабатывающих станков – по ним можно до мельчайших подробностей воссоздать, например, интерьер автомобиля.

Представляется, что смежные исключительные права на цифровую модель должны возникать в отношении только тех моделей, создание которых требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат, аналогично норме, закрепленной в ст. 1334 ГК РФ в отношении баз данных.

Простое сканирование, не требующее специальной квалификации и значительных ресурсов, как, например, применение стандартного, бытового 3D-сканнера, не должно порождать смежных прав – поэтому правообладатель должен принять меры по защите своих прав на объекты интеллектуальной собственности, выраженные во внешнем виде изделия.

Разумеется, реализация смежных прав на цифровые модели, «снятые» с объектов авторских прав или произведений дизайна, промышленных образцов, возможны только при условии соблюдения исключительного права правообладателей первоначальных объектов.

Таким образом, создание 3D-модели может не порождать исключительных прав, если представляет собой простой механический процесс (подобно тому, как сканирование текста с бумажных носителей не порождает никаких интеллектуальных прав). С другой стороны, на 3D-модель могут быть авторские права при наличии оригинальности, а в перспективе существует возможность введение специального смежного права, которое позволяет защитить труд и усилия, связанные с созданием такой модели.

(ii) Нарушения интеллектуальных прав с помощью технологии 3D-печати

Другой важный вопрос, касающийся авторского права в отношении цифровых моделей, относится к угрозе нарушения авторских прав при помощи технологии 3D-печати.

Информационные технологии позволяют распространять незаконные цифровые копии объектов в максимально короткие сроки, в связи с чем возникает риск массовых нарушений исключительных авторских прав.

Нарушает ли 3D-сканирование и распространение цифровых или материальных объектов авторские права?

Несмотря на то, что ни действующее российское законодательство, ни международные конвенции не содержат прямого запрета на такие действия, их можно отнести к воспроизведению, если речь идет о повторе с преобразованием формы (например, скульптурное произведение появляется в виде электронного образа), либо о копировании – если в результате появляется еще один экземпляр в той же форме.⁸⁶

В связи с этим, если сканируемый объект защищается в режиме произведения, его сканирование без согласия правообладателя следует считать нарушением исключительного права, если оно не совершается в рамках свободного использования. В этом смысле закону безразлично, как технологично совершается такое правонарушение и сколько ресурсов потребовало, хотя правоприменители должны позаботиться о том, чтобы иметь адекватные механизмы контроля и пресечения правонарушений.

Необходимо понимать, что полностью исключить возможность нарушения исключительных прав на трехмерные объекты при использовании цифровых моделей, естественно, нельзя. Никакие блокировки не могут повлиять на распространение информации в Интернете кардинальным образом, а установление новых преград лишь

⁸⁶ Пп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ предусмотрено, что воспроизведением является в том числе и запись произведения в память ЭВМ – ничто не мешает считать, что создание электронного изображения объекта авторского права также является такой «записью произведения».

стимулирует появление новых способов обойти эти преграды.

Вместе с тем, не следует также преувеличивать перспективы негативных последствий и рисовать антиутопическое будущее авторского права, связывая его с новыми технологиями. Право не в первый раз сталкивается как с новыми технологиями, так и с преувеличенными опасениями, возникающими вокруг этих новых технологий.

Так, появление Интернета и распространение mp3-файлов «ставили под сомнение» будущее музыкальной индустрии, возможность скачивания игр в Сети должно было похоронить игровую индустрию, а фотографии предвещали скорый конец, потому что в два клика любой человек может сохранить картинку на жесткий диск своего компьютера. И тем не менее, ни один из перечисленных видов деятельности не был уничтожен информационными технологиями, но, напротив, только выиграл от новых возможностей, которые предоставила скорость передачи данных в сети.

Нет оснований полагать, что и 3D-печать станет исключением в контексте доступности объектов авторских прав.

Аналогично уже существующим механизмам, незаконное распространение цифровых моделей должно пресекаться на уровне распространителя «контрафактных» цифровых моделей в соответствии со ст. 1253.1 ГК РФ «Особенности ответственности информационного посредника».

Сегодня существуют сайты, на которых можно скачать и распечатать цифровые модели с использованием профессионального оборудования. Наиболее крупные из них: сайт www.thingiverse.com – электронный склад цифровых моделей; www.shapeways.com – ресурс, предлагающий «распечатать» загруженные CAD-файлы и всемирную доставку изготовленных изделий. При обнаружении правообладателем нарушений его исключительных прав в виде распространения 3D-модели, он обращается к руководителям такого рода ресурсов с требованием о прекращении нарушения.

Физические лица ответственность за печать и приобретение материальных объектов нести не могут, так как использование объектов авторского права в личных некоммерческих целях может быть отнесено к случаям свободного использования.

С юридической точки зрения 3D-изображение изделия можно считать своего образцом для копирования.

Использование цифровых образов для осуществления предпринимательской деятельности, также как и любое другое копирование с образца без санкции правообладателя авторских прав и смежных прав запрещено законом, так как является случаем несанкционированного использования, предусмотренным ст. 1270 ГК РФ (с учетом того, что перечень способов использования, установленный этой статьей, не является исчерпывающим).

Таким образом, оснований считать цифровую модель и созданный на ее основе материальный объект неизвестными до сих пор уникальными феноменами для

авторского права, нет, и к этим технически новым объектам вполне успешно могут быть применены те же критерии охраноспособности и те же меры ответственности и способы пресечения нарушений, что и для любых других объектов авторских прав.

(iii) CAD-файлы как программы для ЭВМ

В литературе также обсуждается вопрос распространения на CAD-файлы правил, применимых к компьютерным программам.⁸⁷ Некоторые исследователи считают, что применение таких механизмов в отношении CAD-файлов обладает преимуществами по сравнению с авторским правом.⁸⁸

Это связано, в первую очередь, с тем, что как программа для ЭВМ, так и CAD-файл существуют только в рамках цифрового пространства ЭВМ и не имеют какой-либо ценности вне компьютерного устройства. Но на этом сходства программы для ЭВМ и CAD-файла заканчиваются.

⁸⁷ Например: the UK IPO Report by D. MENDIS and D. SECCHI; "A Legal and Empirical Study of 3D-printing Online Platforms and an Analysis of User Behaviour 2015/41", *Report of the UK Intellectual Property Office (UK IPO)* 2015, 64; [Электронный доступ], URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/421546/A_Legal_and_Empirical_Study_of_3D_Printing_Online_Platforms_and_an_Analysis_of_User_Behaviour_-_Study_1.pdf. (дата обращения 02.02.2017)

⁸⁸ Гурко А. Соотношение 3D-моделей и программ для ЭВМ // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. N 6. С. 33 – 42. (в целом, А.В. Гурко критикует отнесение 3D-модели к числу программ для ЭВМ)

Для разрешения вопроса о возможности правовой охраны CAD-файлов аналогично компьютерным программам, в первую очередь, целесообразно дать определение самой компьютерной программе.

В соответствии с Типовыми положениями о защите компьютерных программ Всемирной организации по интеллектуальной собственности (1978 г.) компьютерная программа определяется как «совокупность инструкций, которая при взаимодействии с машинным преобразователем обуславливает возможности машины к отображению, совершению или выполнению определенной функции, решению задачи или достижению результата».

Гражданским кодексом Российской Федерации в ст. 1261 дается более лаконичное определение программы для ЭВМ – «представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата».

Можно выделить 3 критерия, которые свойственны программе для ЭВМ, как в соответствии с определением, данным ВОИС, так и согласно российскому Гражданскому кодексу:

- набор данных и команд (инструкций);
- эти данные и команды подлежат обработке компьютером;
- наличие определенной цели (выполнение функции, решение задачи).

Несмотря на то, что CAD-файл подлежит обработке компьютером и эта обработка направлена на достижение определенного результата, такого рода файлы, равно, как и различного рода мультимедийные файлы, предназначенные для воспроизведения аудио- и видеофайлов, не содержат в себе команды для компьютера. Команды, в таком случае, отдает другая программа, а CAD-файл, аналогично с аудио- и видеофайлами является исполняемым.

Применение к CAD-файлам правил защиты компьютерных программ противоречит как нормам законодательства, так и самой сути двух сравниваемых институтов.

Как в России, так и во всем мире принято применять к программам для ЭВМ правовую охрану литературных произведений. Это объяснимо тем, что творческий труд автора выражается в написании исходного текста программы. В свою очередь, создание CAD-файла принципиально отличается от написания программы для ЭВМ. Созданием цифровых моделей объектов занимаются не программисты, которые задают данные и команды, исполняемые компьютером, а художники и дизайнеры, конечным результатом труда которых является создание дизайнерского решения, или технические специалисты, которые создают копию материального объекта в цифровом пространстве.

Таким образом, применение к CAD-файлам правовых норм, применимых для программ для ЭВМ, несмотря на возможное удобство такого подхода, представляется

невозможным в силу принципиального различия сущности сравниваемых явлений.

(iv) Патентное право в контексте 3D-печати

С тех пор как при помощи аддитивных технологий стало возможно создание функциональных объектов, возникла угроза нарушения патентных прав при помощи 3D-печати, и патентообладатели, совместно с авторами творческих произведений, вынуждены обратить внимание на развивающуюся технологию.⁸⁹

Помимо очевидной угрозы скоростного распространения по сети Интернет CAD-файлов запатентованных объектов и их последующая печать на 3D-принтерах, 3D-печать также взаимодействует с патентным правом и в качестве объекта правовой защиты.

Так, сами 3D-принтеры могут быть патентоспособными изобретениями. Материалы, используемые при печати, также могут быть запатентованы в качестве нового вещества. Очевидно, количество таких патентов должно возрасти пропорционально развитию и распространению аддитивных технологий.

Способ использования 3D-принтеров может быть защищен самостоятельным патентом на способ, в случае,

⁸⁹ Additive manufacturing (аддитивная технология), то есть технология послойного синтеза, используемая при создании 3D-принтером материальных объектов при помощи послойного наложения одного слоя вещества на другой.

если кто-либо из изобретателей создаст новое, эффективное использование этого аппарата.

Различного рода программы, используемые компьютером для исполнения CAD-файлов, также могут быть самостоятельно запатентованы в качестве способа (так называемые, софтверные патенты).

Несмотря на плотную связь аддитивных технологий с патентным правом, в качестве объекта его охраны, наибольшую обеспокоенность 3D-печать вызывает именно как способ нарушения исключительных прав патентообладателей.

Существуют, как сложные решения, охраняемые патентами, создание которых возможно только при использовании мощной промышленной базы, так и относительно простые, которые могут быть материализованы с помощью 3D-печати, но от этого не менее важные и требующие не меньших исследовательских усилий от авторов, как, например, протезы или слуховые аппараты.

На сегодняшний день большая часть CAD-файлов представляет собой цифровые модели объектов авторского права и несложных функциональных объектов, однако со временем на этих машинах будет возможно изготовление все более и более сложных объектов, содержащих технические решения, защищенные патентами на изобретения или полезные модели.

Более того, в ближайшем будущем могут возникнуть такие изобретения, реализация которых предполагается с

использованием 3D-печати, в силу тех преимуществ, которые эта технология предоставляет.

В связи с этим, очень важно оценить существующий режим патентной охраны на предмет его соответствия запросам ближайшего будущего.

Патентообладателю принадлежит исключительное право использования запатентованного объекта. В соответствии со ст. 1358 Гражданского кодекса Российской Федерации понятие «использование изобретения» включает в себя следующие виды действий:

- 1) ввоз, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей **продукта**;
- 2) совершение тех же действий в отношении **продукта**, полученного непосредственно запатентованным способом. Если продукт, получаемый запатентованным способом, является новым, идентичный продукт считается полученным путем использования запатентованного способа, поскольку не доказано иное;
- 3) совершение тех же действий в отношении **устройства**, при функционировании (эксплуатации) которого в соответствии с его назначением автоматически осуществляется запатентованный способ;
- 4) совершение тех же действий в отношении **продукта**, предназначенного для его применения в соответствии с назначением, указанным в формуле изобретения, при охране изобретения в виде

применения продукта по определенному назначению;

- 5) **осуществление способа**, в котором используется изобретение, в том числе путем применения этого способа.

Таким образом, использованием патента признаются действия с материальным объектом, в котором используется патент или осуществление способа, в случаях, если патент был выдан на способ.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что передача информации о запатентованном объекте, а именно CAD-файла, в котором содержится цифровая модель запатентованного объекта, не является нарушением исключительного права патентообладателя.

Конечно, перечень способов использования изобретения является открытым, но можно ли с точки зрения общей концепции патентного права считать, что передача информации о продукте, а не самого продукта, в котором используется патент или запатентованный способ, является нарушением исключительного права?

На первый взгляд, так сказать нельзя, ведь сама суть патентования и заключается в том, чтобы автор изобретения **раскрыл** его содержание обществу, в обмен на то, что закон позволяет ему в течение 20 лет получать всю возможную прибыль за использование своего изобретения.

Таким образом, патентование **предполагает** раскрытие и распространение информации о защищаемом

решении и распространение этой информации не запрещено, способствует развитию технологическому прогрессу. Но означает ли это, что и передача в сети Интернет цифровых моделей, при помощи которых могут быть воссозданы запатентованные объекты, не запрещена?

С одной стороны, передача CAD-фалов может быть осуществлена для проведения научных исследований продуктов и способов, либо научного исследования изделия, в котором использован промышленный образец, либо для проведения экспериментов над такими продуктами, способами или дизайнами. В соответствии с п. 2 ст. 1359 ГК РФ такое использование патента не является нарушением и может быть произведено без согласия патентообладателя.

Следует отметить, что такой вариант использования, бесспорно, соответствует целям патентования и в этом смысле, передачу цифровых моделей по сети можно посчитать благом.

Но есть и обратная сторона. Также не является нарушением, в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации использование изобретения, полезной модели или промышленного образца для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд, если целью такого использования не является получение прибыли или дохода (п. 4 ст. 1359 ГК РФ).

И в этой связи возможность моментальной электронной передачи цифровой модели ставит под удар значительную часть зарегистрированных патентов.

Действительно, в условиях, когда запатентованный объект может быть легко отсканирован, а впоследствии цифровая модель этого объекта легально передана по сети Интернет и реализована в материальный объект сразу конечным потребителем, целесообразность получения такого патента сводится на нет.

В такой ситуации нарушением патента, защищающего изделие, используемое непосредственное конечным потребителем, будет тот случай, когда компания занимается тем, что использует 3D-принтер для печати изделий на заказ. Примером такого сервиса является сервис Shapeways, упоминавшийся выше. Услуга этого сервиса заключается в том, что любой человек, имеющий цифровую модель определенного объекта, может заплатить компании за то, что на профессиональном оборудовании для него будет изготовлен объект по представленной цифровой модели. В этом случае, можно говорить о нарушении сервисом патента в момент, когда распечатанный объект был реализован потребителю.

Неизвестно, какова вероятность фиксации такого нарушения. Примечательно также, что в соответствии с условиями сервиса Shapeways на лицо, загрузившее цифровую модель, нарушающую права третьих лиц, возлагаются издержки, связанные с требованиями правообладателей.⁹⁰

В связи с этим, в силу очевидной необходимости защиты «маленьких» изобретений, которые уже сейчас могут

быть созданы с помощью аддитивных технологий, а также защиты больших промышленных устройств, которые, возможно, будут созданы 3D-принтерами будущего, возникает справедливый вопрос о целесообразности применения к цифровым моделям иных правил, чем те, что установлены в действующем законодательстве.

В качестве одного из возможных вариантов разрешения этой ситуации, российский автор А. Гурко предлагает введение в четвертую часть Гражданского кодекса новой главы, которой бы регулировался правовой режим обращения цифровых моделей, предназначенных для создания продукта, в котором воплощено изобретение, полезная модель, промышленный образец.⁹¹

Предполагается введение 7 дополнительных статей в Гражданский кодекс, суть которых сводится к тому, что патентообладатель вправе зарегистрировать трехмерную модель запатентованного объекта. В таком случае, патентообладатель становится также обладателем исключительного права на цифровую модель своего изобретения, что предполагает исключительное право на использование трехмерной модели.

Использованием при этом предлагается считать:

- 1) воспроизведение трехмерной модели;
- 2) распространение трехмерной модели путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров;

⁹⁰ https://www.shapeways.com/terms_and_conditions

⁹¹ Гурко А. 3D-печать и право интеллектуальной собственности: взгляд в будущее // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. N 5. С. 29 – 42.

- 3) импорт трехмерной модели в целях распространения;
- 4) доведение трехмерной модели до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к трехмерной модели из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения).

Таким образом, исключительное право на цифровую модель целиком и полностью поглощается исключительным правом на сам патент.

Кроме того, исключительное право на цифровую модель предлагается предоставлять лишь тем патентообладателям, которые совершили отдельную процедуру государственной регистрации трехмерной модели.

В связи с этим, полагаем, что создание отдельного правового регулирования для цифровой модели является избыточным.

Целесообразно воспользоваться «открытостью» перечня ст. 1358 ГК РФ и рассматривать распространение 3D-модели устройства одной из разновидностей использования патента.

Наша рекомендация, таким образом, заключается в том, чтобы «включить» исключительное право на цифровую модель в общее исключительное право патентообладателя, и применять нормы, касающиеся патента в целом, и на его цифровые модели. В этом случае отпадает необходимость

отдельной регистрации цифровой модели, а также введения новой главы в Гражданский кодекс.

Именно такое решение представляется также наиболее соответствующим основным положениям патентного права, так как в условиях моментальной материализации цифровой модели, САД-файл представляет собой уже **не «информацию»** об объекте, а **одну из форм его выражения**.

Предоставление патентообладателю исключительных прав не только на материальное воплощение запатентованного решения (продукт), но и на его цифровую модель, выглядит наиболее целесообразным.

Необходимость регистрации цифровых моделей запатентованных объектов станет дополнительной нагрузкой для регистрирующего органа, что также является существенным аргументом против данного предложения.

Кроме того, решение, связанное с введением новой главы в ГК РФ, может повлечь множество дополнительных вопросов при практическом применении принятых норм. Так неясно, будет ли признаваться нарушением использование не данной конкретной зарегистрированной цифровой модели, а другого САД-файла, полученного путем самостоятельного компьютерного моделирования, но с использованием всех независимых пунктов формулы изобретения? Если же применять к цифровым моделям нормы, установленные для самого изобретения, ответ будет очевиден.

(v) Нарушение прав на товарные знаки при использовании 3D-печати

Развитие технологии 3D-печати также может повлечь за собой массовое нарушение прав на товарные знаки. Некоторые исследователи утверждают, что распространение 3D-принтеров может даже сформировать самостоятельный рынок контрафактной продукции.⁹²

Главным смыслом правовой охраны товарного знака принято считать обеспечение индивидуализации предприятий, товаров и услуг, что призвано защитить репутацию продукта, а также защитить потребителей от введения в заблуждение относительно производителя товара или свойств товара.

Кроме того, товарный знак также несет в себе цель создания самому товару определенного статуса в связи с той ассоциативной связью, которая возникает у потребителя в связи с товарным знаком.

Обесценивание бренда влечет за собой существенные издержки для участников рынка.

Говоря об угрозах со стороны 3D-печати, целесообразно прежде всего рассмотреть вопрос о том, как распространение этой технологии влияет на каждую из обозначенных целей предоставления правовой охраны.

⁹² Michael Rimock, An Introduction to the Intellectual Property Law Implications of 3D-Printing // Canadian Journal of Law and Technology. №13 (1), 2015, P. 25

В первую очередь, риск заключается в сканировании объекта, на котором изображен товарный знак производителя. При этом создаваемая цифровая модель также будет содержать сканированный товарный знак, либо воспроизводить объемный товарный знак. В результате печати такой цифровой модели, конечным потребителем совершается нарушение прав на товарный знак – нанесение охраняемого обозначения или его воспроизведение.

Имеет ли в таком случае введение потребителя в заблуждение? Вероятнее всего, нет, если он сам изготовил или заказал изготовление копии.

Можно говорить о возможном нарушении только в том случае, если какое-то предприятие начинает производить изделия с использованием цифровых моделей оригинальных изделий. Однако является ли такой риск новым явлением? С точки зрения права, такое нарушение мало чем отличается от существующих сегодня контрафактных производств: это все то же нарушение исключительного права на товарный знак, только выполненное несколько иным способом.

Таким образом, если и можно сказать, что с распространением 3D-печати возрастает риск введения потребителя в заблуждение при нарушении товарного знака, то такое возрастание незначительно и по сути представляет собой количественное, а не качественное изменение.

С другой стороны, возникает вопрос о возможном обесценивании брендов в условиях, когда каждый может использовать 3D-принтер для нанесения на любой товар любого логотипа. Но привносит ли новая технология какие-то

такие условия, что можно говорить о возникновении нового правового феномена, требующего самостоятельного регулирования?

Рассматривая технологию 3D-печати, безусловно, необходимо иметь в виду тот гигантский потенциал, который эта технология в себе несет. На первый взгляд, аддитивное производство кажется таким явлением, которое способно нанести существенный урон традиционным механизмам правовой защиты результатов интеллектуальной деятельности.

Однако более детальное исследование как самой технологии, так и действующего законодательства, позволяет сделать вывод о том, что с точки зрения права 3D-печать не представляет собой какого-либо принципиально нового явления.

Наиболее яркую аналогию можно провести с эффектом от применения компьютерных технологий для массового распространения музыкальных произведений в форме файлов. CAD-файлы, по своей сути, представляют собой те же компьютерные файлы. Если данные файлы будут нарушать исключительные права, право интеллектуальной собственности, также как в случае с контрафактной музыкой, найдет способы, чтобы противостоять угрозе. Естественно, существующие нормы должны быть адаптированы к новой технологии, но вероятнее всего, этот процесс будет постепенным и мягким.

В настоящем исследовании предложен ряд рекомендаций по совершенствованию законодательства в сфере авторского и патентного права в связи с развитием

аддитивного производства. Имея в виду новизну предмета исследования и отсутствие сформированной судебной практики, полагаем, что предложенные идеи нуждаются в дополнительном обсуждении и доработке. Следует подчеркнуть, что законодателю важно обеспечить баланс интересов правообладателей, которые хотя защититься от угрозы нарушения своих прав, и интересов тех, от кого зависит дальнейшее развитие технологии 3D-печати.

Совместное создание и использование объектов ИС: проблемы и тенденции

(с) Правовые инструменты распределения прав на РИД

С развитием гражданского оборота и ростом интенсивности использования результатов интеллектуальной деятельности на практике все чаще стали возникать ситуации, когда интересы участников гражданского оборота требуют установления правомочий нескольких лиц в отношении одного объекта интеллектуальной собственности, а традиционных механизмов передачи или лицензирования оказывается недостаточно.

Ситуации возникновения прав нескольких лиц в отношении одного объекта ИС можно разделить на несколько типов:

- 1) когда в результате создания РИД или распоряжения исключительным правом последнее возникает одновременно у нескольких лиц (совместное правообладание исключительным правом);
- 2) когда в допускаемых законом случаях на один и тот же РИД возникают самостоятельные исключительные права у нескольких лиц (например, п. 4 ст. 1229 ГК РФ);

- 3) когда в результате распоряжения исключительным правом на РИД у других лиц возникают права использования РИД наряду с самим Правообладателем (лицензионный договор, договор коммерческой концессии);
- 4) когда исключительное право на РИД становится объектом (предметом) сделки (конструкция «право на право»), в рамках которой права третьих лиц возникают на исключительное право (договор залога, договор доверительного управления исключительными правами).

Проблема распределения прав на РИД между несколькими правообладателями связана с отсутствием и/или неразвитостью правовых инструментов, которые необходимы для удовлетворения интересов участников гражданского оборота интеллектуальной собственности.

Ниже мы подробно остановимся на недостатках правового регулирования первого типа отношений, но до этого кратко проанализируем остальные.

Второй тип отношений можно воспринимать скорее как некую юридическую экзотику, чем реально складывающиеся на практике отношения. Независимое создание идентичной топологии (п. 3 ст. 1454 ГК РФ) и секрета производства (п. 2 ст. 1466 ГК РФ) редко встречается на практике, а исключительное право использования наименования места происхождения товара в отношении того же наименования вытекает из самой природы такого права и не требует

особых условий координации действий лиц, использующих такое обозначение.

Можно привести еще экзотические примеры регистрации тождественных товарных знаков в нарушение нормы п. 6 ст. 1483 ГК РФ, либо при внесении в Реестр российских товарных знаков обозначений, ранее зарегистрированных на Украине.⁹³ И если такая регистрация не будет оспорена в течение 5 лет (пп. 2 п. 2 ст. 1512 ГК РФ), или не оспаривается в соответствии с ГК РФ, то возникнет ситуация существования двух самостоятельных исключительных прав на тождественное наименование.

В отношении третьего выделенного типа отношений имеется достаточно подробное законодательное регулирование и практика правоприменения, они не будут рассматриваться в рамках данной работы. Отношения четвертого типа встречаются на практике значительно реже. Так, данным Роспатента за последние несколько лет количество зарегистрированных договоров о залоге исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности по объектам патентного права было ничтожно мало: в 2015 году в России зарегистрировано 13 договоров

⁹³ В соответствии со ст. 13.1 Федерального закона N 231-ФЗ «О введении в действие Части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» в РФ предоставляется правовая охрана товарным знакам, удостоверенных официальными документами Украины, зарегистрированными на имя гражданина или юридического лица, принятого в гражданство РФ или внесенного в Единый государственный реестр юридических лиц, при этом такое предоставление не оспаривается в случае тождества или сходства с другими товарными знаками, имеющимися в Реестре.

о залоге, в 2014 году — 15, в 2013 году — 20, в 2012 году — 17, в 2011 году — 16.⁹⁴

Чуть более активно, но тоже очень мало, используется залог товарных знаков. В 2015 году зарегистрировано 58 залогов исключительного права на 362 товарных знака (58/362). Положительный фактор в том, что отмечается рост использования товарных знаков в качестве залогового инструмента: в предыдущие годы показатели были ниже 2014 – 40/258, 2013 — 60/191, 2012 — 24/82.

И все же залог исключительных прав воспринимается скорее как экзотика в российском обороте, если сравнить количество кредитных и иных сделок, в которых в залог идет недвижимость или иное имущество. К тому же, часто РИД используется как дополнительный предмет залога в пакете с традиционными залоговыми инструментами. Приведенные примеры показывают как неразвитость, так и ближайшие перспективы развития рынка интеллектуальной собственности России.

Еще одним из перспективных направлений правового регулирования, необходимого рынку ИС, мы считаем дальнейшее развитие и более подробное законодательное регулирование института совместного правообладания исключительным правом. Общих положений, которые уже имеются в законодательстве, пока недостаточно для удовлетворения практических интересов авторов и инвесторов.

⁹⁴ Отчет о деятельности Роспатента за 2015 г. http://www.rupto.ru/about/reports/2015_1#1.7

Так, например, в части IV ГК РФ упоминается о таком явлении, как **доля в исключительном праве**, но на практике возникает немало трудностей, вызванных неоднозначным пониманием правового режима таких долей. Как следствие, гражданский оборот ИС вынужденно «примитивизируется», а участники оборота не идут на риск и отказываются от заключения договоров с долями в исключительном праве, опасаясь использовать правовой режим совместного правообладания в отношении РИД, за исключением случаев создания объекта несколькими авторами.

Помимо того, что закон не определяет порядка и условий возникновения совместного правообладания, он обходит вниманием и вопросы прекращения совместного правообладания, что также порождает множество вопросов: можно ли выкупить долю в праве в принудительном порядке? можно ли исключить из совместного правообладания? как изменять соотношение долей участников?...

На многие вопросы ответов в доктрине и судебной практике еще нет, но тем не менее сделки по установлению совместного правообладания набирают популярность и достаточно востребованы в современном обороте, т.к. обладают сильными преимуществами.

(d) Преимущества совместного правообладания и предпосылки для его применения

Совместное правообладание в тех случаях, когда оно является не «вынужденным» (то есть возникает в силу закона), а желаемым правовым последствием сделки, предоставляет правообладателям новые возможности практического характера, недоступные другим моделям.

Прежде всего, предпринимателя привлекает возможность совершить отчуждение, не потеряв собственного права: новому правообладателю предоставляются те же правомочия, что и любому законному «собственнику», по использованию, реализации и распоряжению правом, но при этом и другая сторона по сделке все эти правомочия сохраняет за собой.

«Продать, не продавая» выгодно, если речь идет о распоряжении значимыми активами. Например, IT-компания в целях привлечения инвестиций или реструктуризации задолженности ищет возможности монетизировать имеющиеся у нее результаты интеллектуальной деятельности, но не хочет потерять бизнес – лицензирование стратегический партнер рассматривать не хочет,⁹⁵ а отчуждение невозможно. В этом случае

⁹⁵ Хотя в наше время стали распространенными сделки по лицензированию прав на ПО с *правом переработки* результата, то есть создания на его основе новых РИД – как правило, по такой «лицензии» правообладатель передает исходные коды своих программ, что вкупе с правом их модификации открывает перед «лицензиатом» неограниченные возможности по его использованию. Не будучи формально сделками по отчуждению права, они фактически

разделение исключительного права выглядит наиболее предпочтительно, тем более что оно не приводит к физическому разделению самого результата – он копируется без ущерба для своей полезности.

Другой случай использования механизмов совместного правообладания – это инвестирование или совместная деятельность. Одни участники сделки предоставляют интеллектуальный вклад, другие – имущественный, предоставляют финансирование. Полученные результаты становятся объектами совместного правообладания: обе стороны получают дополнительные гарантии стабильности правоотношений.

В рамках одного холдинга, когда необходимо обеспечить реализацию ИС в различных регионах, отраслях деятельности или юрисдикции может быть установлено совместное правообладание региональными отделениями (*branch*) объектов ИС, находящихся в ведении центрального органа Холдинга. Лицензирование не всегда пригодно, так как привлекает внимание налоговых органов и не кажется достаточно надежным в глазах местного партнерства, а совместное правообладание придает его участникам больший вес.

Совместное правообладание пригодится и для предприятий, которые заботятся об увеличении балансовой стоимости нематериальных активов: даже самая полная эксклюзивная лицензия, на оплату которой может тратиться

предполагают отказ правообладателя от *исключительности* его права в пользу неопределенного круга лиц – контрагентов лицензиата, которым его РИД достанется в перелицованном виде в качестве «производного продукта»

существенная часть доходов банковской организации, не учитывается в качестве собственного НМА, а доля в праве делает партнера законным правообладателем актива и с точки зрения бухгалтерского, и с точки зрения налогового учета.

Совместное правообладание универсально и для объектов авторского права, и для объектов патентного права. В отношении объектов ноу-хау существует проблема утраты права в связи с нарушением режима конфиденциальности одним из правообладателей, но она разрешается применением организационных и корпоративных мер контроля.

Сделки, в которых предусматривается совместное правообладание (*joint ownership*) заключаются не только между российскими правообладателями, но также и между российскими и иностранными субъектами, а также распространены и за рубежом. Все больше и больше участники совместных компаний (*joint venture*), стратегических альянсов или партнеры по открытым инновациям выбирают этот путь, ставший уже общей практикой.⁹⁶

По сравнению с лицензированием, они избавляют стороны от неравного положения и зависимости лицензиата от действий лицензиара (например, в случае отказа от права или прекращения права, прекращения деятельности лицензиара) и лицензионного аудита, а по сравнению с

⁹⁶ См.: <http://www.ipeg.com/avoid-jointly-owned-intellectual-property/>, <https://www.iprhelphdesk.eu/sites/default/files/newsdocuments/Fact-Sheet-IP-Joint-Ownership.pdf>

отчуждением права позволяют монетизировать актив, не лишаясь его.

Сделки по отчуждению исключительных прав могут оспариваться в ходе процедуры банкротства, если отчуждение совершено без адекватного встречного предоставления. Лицензионные договоры, которые совершенно напрасно и бездумно использовались как средства оптимизации налогообложения, привлекают повышенное внимание контролирующих органов с точки зрения экономической обоснованности платежа. Этих опасностей лишены сделки по установлению совместного правообладания – ведь трудно не только оценить реальный экономический эффект такой сделки, но и до конца отдать себе отчет: что именно приобрела одна сторона, и от чего отказалась другая – наверное, это как раз один из характерных примеров, когда от совершения сделки выиграли оба (*win-win*).

Возмездность или безвозмездность наделения долей в праве остается на усмотрение сторон – здесь возможны аналогии и с лицензиями, и с отчуждением, но нет установленных рамок и критериев, нет аналогичных сделок, на которые можно было бы опереться – это сообщает такой модели необходимую гибкость.

Конечно, заключение сделки об установлении совместного правообладания сопряжено с определенными рисками.

Если договорное или корпоративное сотрудничество урегулировано системой подробно разработанных норм, которые помимо столь нелюбимых и кажущихся ограничений представляют собой гарантии от злоупотреблений и

квинтэссенцию опыта разрешения конфликтов, то совместные правообладатели, как будет показано ниже, лишены такой опоры и обо всем должны договориться самостоятельно, полагаясь на собственный разум.

Безусловно, участник «долевой интеллектуальной собственности» как правило не обладает всей полнотой правомочия по распоряжению своей долей (а если юридически и обладает – то это определенный риск для других со-собственников), и может быть ограничен в своих намерениях по совершению сделок, раскрытию информации.

Кто и каким образом будет представлять интересы партнеров в ходе заявительного процесса при оформлении патента?

Наконец, не исключено, что между партнерами будет возникать конкуренция, а ведь интеллектуальная собственность ценится как раз за обеспечиваемую ею *легальную монополию*. Можно ли всерьез считать *исключительным* право, которое принадлежит и осуществляется одновременно несколькими лицами?...

Будет ли совместное правообладание признано в другой юрисдикции, или же один из правообладателей, признанный «настоящим», получит преимущество перед другим?

Добавим сюда трудности, возникающие при установлении совместного правообладания в отношении комплексного объекта, который одновременно может быть защищен различными способами: и патентом, и авторским правом, и режимом ноу-хау. Особенности совместного владения могут различаться в зависимости от характера

защиты – получается, что и набор правомочий может быть разным, а объект все равно один.

И хотя применение совместного правообладания сопряжено с определенными трудностями, а его появление – скорее всего можно считать проявлением инициативы «снизу», определенные сдвиги в этом направлении начались и в законодательстве.

(е) Действующее законодательное регулирование в Российской Федерации

Понятие «**доля в исключительном праве**» упоминается в п. 2 ст. 1283 ГК РФ и косвенно затрагивается через понятие «*принадлежать совместно*» еще в нескольких статьях четвертой части Гражданского кодекса.

Сама возможность принадлежности любого гражданского права не одному лицу (субъекту), а одновременно двум или более лицам, вытекает из основных начал гражданского законодательства.

По своей правовой природе исключительное право является абсолютным и имущественным. Наиболее близкий аналог – право собственности, допускает дробление на доли. Здесь мы говорим именно о теоретической конструкции и понимаем, что нормы раздела II ГК РФ не применяются напрямую к интеллектуальным правам, если это прямо не предусмотрено в разделе VII ГК РФ. Никаких концептуальных причин не допускать «дробление»

исключительного права на доли нет, поскольку такое «дробление» (а лучше сказать – разделение) осуществляется в отношении права, а не объекта, который, безусловно, имеет иную природу, в отличие от объекта вещных прав. Но в рассматриваемом случае сущность самого объекта интеллектуальных прав напротив предполагает неограниченные возможности его совместного использования и требует возможности установления режима совместного правообладания даже больше, чем объекты вещных прав.

Обратимся к формуле закона. В п. 2 ст. 1229 ГК РФ установлено, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (кроме исключительного права на фирменное наименование) может принадлежать одному лицу или нескольким лицам совместно. Такая принадлежность исключительного права нескольким лицам является "совместной". Содержание термина "совместный" раскрывается в п. 3 ст. 1229 ГК РФ и предполагает возникновение долей в исключительном праве. Как уже упоминалось выше, это можно сделать на основании систематического толкования этой нормы вместе с п. 2 ст. 1283 ГК РФ. Таким образом, следует полагать, что совместное правообладание может быть только *долевым*.

Э.П. Гаврилов отмечает, что «в п. 2 ст. 1229 не указаны основания, по которым может возникать принадлежность исключительного права нескольким лицам. А это означает, что в принципе речь идет о любых основаниях возникновения гражданских прав, указанных в ст. 8 Кодекса; в частности, эти права возникают из договоров

и иных сделок, из актов государственных органов, из судебных решений, в результате создания результата интеллектуальной деятельности, при наследовании и т.д.»⁹⁷

Перечень оснований возникновения совместного правообладания не закрыт, следовательно, мы применяем общую норму о возникновении гражданских прав ст. 8 ГК РФ, в которой указаны в том числе и договоры в качестве оснований возникновения прав.

В п. 4 ст. 1228 ГК РФ указан только один из случаев, а другие – это, например, п. 1 ст. 1298 ГК РФ (причем п. 4 ст. 1298 ГК РФ подтверждает возможность заключения сделок с долей, в частности, путем заключения лицензионного договора), п. 1 ст. 1549 ГК РФ.

Таким образом, можно утверждать о возможности заключения договора, в результате которого появится несколько правообладателей исключительного права. При этом возможны две ситуации: (1) договор об отчуждении исключительного права, в котором на стороне приобретателя выступают несколько лиц; (2) договор о включении в число обладателей исключительного права, когда к уже существующему правообладателю присоединяются новые лица. Принципиальная возможность заключения таких договоров подтверждается доктриной.⁹⁸

⁹⁷ Гаврилов Э.П. Исключительное право, принадлежащее нескольким лицам // Хозяйство и право. 2009. №3. С. 58 – 74.

⁹⁸ Кастальский В. Совместное обладание исключительным правом // Хозяйство и право. 2008. №4. С. 95-102.

На наш взгляд, для совершения сделок, в результате которых устанавливается режим совместного правообладания объектами ИС, подходит конструкция «доля в исключительном праве». Нужно вспомнить, что попытка ввести такую конструкцию в минимально достаточном для регулирования отношений объеме уже предпринималась. Законопроект № 47538-6 предусматривал введение доли на РИД, однако на стадии рассмотрения в результате внесения поправки ко второму чтению (законопроект №47538-6/7) положения о долях в исключительном праве были исключены из текста. В п. 3 ст. 1229 ГК РФ предполагалось закрепить следующие положения (в окончательную редакцию они не вошли):

«Каждый из правообладателей вправе передать (возмездно или безвозмездно) свою долю в исключительном праве всем лицам, совместно с которыми он обладает этим правом, в равных долях.

Отчуждение автором-правообладателем своей доли в исключительном праве третьим лицам не допускается, если иное не предусмотрено настоящим разделом. Доля в исключительном праве, принадлежащая не самому автору, может быть отчуждена третьему лицу с согласия всех остальных правообладателей.

Правообладатель вправе завещать свою долю в исключительном праве».

Однако из этого законопроекта в п. 2 ст. 1283 ГК РФ (Федеральный закон от 12.03.2014 № 35-ФЗ, вступил в силу с 01.10.2014 г.) вошло только предложение следующего содержания: *"При этом в случае смерти одного из*

соавторов исключительное право прекращается в части принадлежащего ему права, если произведение состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение, либо, если произведение образует неразрывное целое, доля умершего соавтора в исключительном праве переходит ко всем пережившим соавторам в равных долях", которое по логике также должно было быть исключено из законопроекта вместе с вышеприведенными положениями о доле в исключительном праве, однако осталось и действует на настоящий момент.

(f) Доктринальное толкование вопроса доли в исключительном праве

В подтверждение актуальности вопроса более подробного регулирования долей в интеллектуальном праве и возможности его положительного решения приведем мнения ученых по этому вопросу.

Оценивая нововведения в ГК РФ 2014 г., В.И. Еременко и В.Н. Евдокимова отмечают, что новые положения «в условиях действующей нормы о нераспространении положений раздела II ГК РФ на интеллектуальные права явно недостаточны для регулирования отношений в области совместного использования и распоряжения исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации». Авторы отмечают, что «по крайней мере, необходимо было урегулировать так называемое

преимущественное право приобретения доли в сфере **исключительных прав**. За пределами правового регулирования остались вопросы взаимоотношений правообладателей, если кто-либо из них не использует соответствующий результат или средство (уплата соразмерной компенсации за это), необходимость согласия всех правообладателей не только при отчуждении исключительного права, но и при предоставлении исключительных лицензий. В области патентного права необходима норма о распространении режима общей собственности также на патентные заявки (право на получение патента).⁹⁹

Б.Н. Алейников констатирует, что новшество п. 3 ст. 1229 ГК РФ «с учетом нераспространения раздела II ГК РФ на интеллектуальные права представляется паллиативом, неспособным полноценно регулировать отношения в сфере совместного использования исключительного права на РИД».¹⁰⁰

В.О. Калятин обращает внимание на тот факт, что «исторически законодательство об интеллектуальной собственности строилось с ориентацией на индивидуальное творчество», а сейчас творчество напротив носит преимущественно коллективный характер, и необходимо обеспечить интересы всех соавторов, а также эффективную

⁹⁹ Еременко В.И., Евдокимова В.Н. Нововведения в части общих положений в разделе VII Гражданского кодекса РФ // Адвокат. 2014. N 10. С. 12 – 25.

¹⁰⁰ Алейников Б.Н. Некоторые вопросы становления и развития интеллектуальных прав в России // Российская юстиция. 2016. N 7. С. 8 – 10.

защиту инвесторов путем вхождения в число правообладателей. Ученый отмечает, что на основе действующих норм «правообладатели могут закрепить в договоре наиболее удобную для себя конструкцию... **распределить доли в праве**, договориться, как будет управляться интеллектуальная собственность, решить вопрос об изменении состава правообладателей», но при этом констатирует, что «к сожалению, соответствующая норма слишком лаконична, она должна быть детализирована; **целесообразно прямо указать в законе на возможность обладания долей в исключительном праве и конкретизировать механизмы распоряжения ею** и т.д. [выделено нами]»¹⁰¹

Судебная практика также подтверждает возможность установления долей в интеллектуальном праве. Например, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.07.2009 №09АП-10330/2009-ГК по делу №А40-85399/08-133-610 анализируется Соглашение, стороны которого предусмотрели, что **все исключительные права на использование сериала "Каменская" распределяются между ними в долях по 50% исключительных прав каждой из сторон**. Суд посчитал такое соглашение соответствующим закону. В другом деле суд удовлетворил

требования обладателя 50% доли в интеллектуальном праве.¹⁰²

Можно привести еще некоторые примеры из судебной практики, когда в решениях суда **доли в интеллектуальных правах** упоминаются применительно к наследникам (Определение ВАС РФ от 19.05.2014 №ВАС-3876/14 по делу №А40-86465/2012, Определение Суда по интеллектуальным правам от 24.08.2016 по делу №СИП-219/2016, Апелляционное определение Московского городского суда от 01.09.2015 по делу №33-30911/2015, Апелляционное определение Московского городского суда от 22.05.2012 по делу №11-7222, Апелляционное определение Московского городского суда от 26.01.2016 по делу №33-2208/2016, Определение Московского городского суда от 18.07.2014 №4г/7-4243/14).

Таким образом, вышеприведенная аргументация показывает, что необходимо вернуться к вопросу о более детальном законодательном регулировании совместного правообладания и «окончательно легализовать» конструкцию доли в исключительном праве. Обобщая взгляды процитированных выше ученых, отметим необходимость закрепления в законе следующих положений:

- возможность появления доли в исключительном праве на основании различных видов договоров и сделок;

¹⁰¹ Пикалова А. Интервью с главным юристом по интеллектуальной собственности ООО "УК "РОСНАНО", профессором исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ Виталием Калятиным // Юрист. 2016. N 11. С. 4 – 7.

¹⁰² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.01.2010 №09АП-27257/2009-ГК по делу №А40-19620/09-5-228

- преимущественное право правообладателей на приобретение доли в случае ее отчуждения и случаи запрета отчуждения;
- регулирование вопросов распоряжения правом – какие действия может осуществлять правообладатель доли самостоятельно без согласия остальных правообладателей (например, выдача неисключительной лицензии), а какие действия можно совершить только по согласию с другими правообладателями (выдача исключительной лицензии, распоряжение правом);
- регулирование распределения доходов, получаемых в результате предоставления права использования объектом ИС;
- коллизионные нормы, регулирующие правовой режим объектов, находящихся в совместном владении лиц, принадлежащих различным юрисдикциям.

Специфика объекта правового регулирования в сфере интеллектуальных прав диктует необходимость изменения и правовых инструментов, используемых для регулирования вещных прав, поскольку прямое применение всех норм о вещных правах, несмотря на их общую абсолютную и имущественную природу, не подходит для регулирования вопросов распоряжения исключительными правами.

Помимо адаптации уже существующих правовых институтов, требуется создание новых видов договоров и

изобретение специфических инструментов, которые применяются только по отношению к результатам интеллектуальной деятельности, не говоря уже и о специфических механизмах регистрации фактов совместного правообладания.¹⁰³

¹⁰³ Например, сегодня, чтобы зарегистрировать факт распоряжения правом, на основании которого возникает совместное правообладание, органы Роспатента требуют представления договора и заявления, оформленных с одной стороны – прежним правообладателем, с другой стороны – новыми правообладателями, среди которых находится и прежний правообладатель. Возникает достаточно курьезная ситуация, когда одно и то же лицо выступает одновременно с двух сторон такого «обязательства». Приходится встречать такую, в общем-то неверную, трактовку подобного правоотношения как недопустимого – поскольку усматривается совпадение кредитора и должника. Это, конечно, не так, но сам «суррогат» от этого не становится более уместным, а стороны вынуждены использовать его, чтобы добиться совершения регистрационного действия.

(g) Опыт других стран в применении совместного правообладания

Как мы видели на примере России, совместное правообладание становится действительным и приемлемым тогда, когда не противоречит основам правопорядка и гражданского законодательства, а лучше – когда прямо предусмотрено и урегулировано нормами права.

Не все страны в мире признают совместное правообладание исключительными правами. Остановимся на некоторых, наиболее характерных примерах.

Федеральное законодательство США допускает, что патенты могут принадлежать нескольким правообладателям, если они принимали участие в создании соответствующего РИД.

По умолчанию, каждый партнер вправе использовать защищенное патентом решение без согласия остальных и не обязан делиться полученными доходами, но совместные правообладатели объектов авторского права делят полученные доходы между собой.

С иском о нарушении патента могут обратиться только все правообладатели совместно (то есть, иск должен подписать каждый), причем отказ одного из них от иска или сделка с ответчиком повлечет прекращение дела.

Следует отметить, что наряду с совместным правообладанием, в практике США применяются и другие необычные для стран континентального права институты –

такие как патентные пулы, кросс-лицензирование и принудительные FRAND-лицензии, которые в некоторых ситуациях оцениваются как более разумная альтернатива совместному правообладанию.¹⁰⁴

В Великобритании права совладельцев патентуемых объектов прямо предусмотрены соответствующим Законом 1977 года. Если иное не предусмотрено соглашением совладельцев, каждый из них использует РИД по своему усмотрению, а с партнерами должен согласовывать изменения патента, предоставление лицензий, уступку доли или передачу доли в залог.

В то же время, с иском о защите нарушенных прав может обратиться любой из совместных правообладателей.

Патентный закон КНР прямо предусматривает возможность совместного правообладания в отношении патентоспособных объектов (в Китае охраняются изобретения, полезные модели и промышленные образцы), которому посвящено несколько норм.

Каждый из совместных правообладателей имеет право самостоятельно и независимо от других использовать РИД и предоставлять неисключительные лицензии третьим лицам, но все полученные от этого доходы распределяются среди всех партнеров.

¹⁰⁴ См.: <http://www.ipeg.com/avoid-jointly-owned-intellectual-property/>

Все остальные вопросы должны разрешаться соглашением совместных правообладателей, но отчуждение права или предоставление эксклюзивной лицензии ожидаемо требует единогласного решения всех правообладателей.¹⁰⁵

¹⁰⁵ <http://www.ipwatchdog.com/2016/02/18/the-default-law-of-joint-ip-ownership/id=66154/>

2.03 Особенности создания результатов интеллектуальной деятельности на площадках краудсорсинга

Отличительной чертой современной экономики является переход от конкуренции продуктов и услуг к конкуренции на уровне бизнес-моделей, в основе которых лежат инновационные технологии и методы управления, к которым относится краудсорсинг (англ. *crowdsourcing*, *crowd* – «толпа» и *sourcing* – «использование ресурсов») – передача отдельных производственных функций неопределенному кругу лиц на основании публичной оферты, не подразумевающей заключения трудового договора. При этом используются коллективный интеллект и синергия взаимодействия большого количества людей.¹⁰⁶ Такие формы сотрудничества также называют совместными инновациями или *collaborative innovation*.¹⁰⁷

Если краудфандинг основывается на аккумуляции денежных средств и уже привычен российскому обществу, то краудсорсинг – это привлечение творческих способностей, знаний и опыта широкого круга лиц для решения единой задачи, как правило, с использованием информационных технологий. Примеров реализации такой бизнес-модели в

¹⁰⁶ Хау Джефф. Краудсорсинг. Коллективный разум как инструмент развития бизнеса. М., 2012.

¹⁰⁷ <http://www.ipeg.com/avoid-jointly-owned-intellectual-property/>

России пока очень мало, в то время как в США и странах Европы она уже применяется повсеместно.

Так, например, компания *Procter&Gamble* предлагает своим потребителям поделиться своими идеями по улучшению продукции и производственного процесса на сайте *InnoCentive* (www.innocentive.com), предлагая авторам самых интересных предложений денежные вознаграждения от 10 тыс. до 100 тыс. долларов США.

Одним из примеров краудсорсинговой модели, уже получившей распространение в России, является хакатон (англ. *hackathon*, от *hack* (см. хакер) и *marathon* – «марафон»). Хакатон изначально являлся соревновательной площадкой для хакеров. Сейчас это площадка для соревнования программистов, дизайнеров, менеджеров, которые сообща работают над решением какой-либо проблемы – своеобразный «марафон» разработчиков.

Начиная с середины 2000-х годов хакатоны рассматривались компаниями и инвесторами как способ быстрой разработки новых программных технологий или областей инвестирования. Некоторые известные компании были созданы на хакатонах, например *GroupMe*. В 2011 году она была куплена компанией Skype за 85 млн долларов США.¹⁰⁸

Один из наиболее известных примеров хакатона за рубежом – «*Open Hack Day*», который проводит Yahoo! с

¹⁰⁸ Steven Leckart. The Hackathon Is On: Pitching and Programming the Next Killer App // URL: https://www.wired.com/2012/02/ff_hackathons/all/1 (дата обращения: 08.02.2017).

2006 года для написания приложений, использующих общий API.

Примером хакатона в России является «*Strip Hack*», организованный клубом Golden Girls. Сутью конкурса является разработка новых решений в сфере информационных технологий. Согласно Положению о хакатоне, размещенному на сайте хакатона, среди всех участников выбираются победитель и призеры, которые получают денежные призы.¹⁰⁹

Метод краудсорсинга характеризуется прямой конкуренцией между участниками, предлагающими свои решения поставленной организатором краудсорсингового проекта задачи. При этом вознаграждение за свои усилия получает, как правило, только один из них, признанный победителем. Какой бы ни была задача, она почти неизбежно будет связана с созданием нового результата интеллектуальной деятельности (далее – РИД), который захочет использовать бизнес.

Преимущество краудсорсинга заключается в том, что бизнес может по сравнительно низкой стоимости получить доступ к широкому спектру талантов. Потенциальные участники-инноваторы, как правило, фрилансеры в соответствующей области, которые получают возможность

¹⁰⁹ Положение о хакатоне «Strip Hack Moscow 2016» // URL: http://striphack.ru/img/_index/regulations/regulations.docx (дата обращения: 08.02.2017).

работать на крупный бизнес, обычно находящийся вне их досягаемости.¹¹⁰

Однако в краудсорсинговой модели существует множество коммерческих рисков. Одним из них является открытость при проведении краудсорсинговой кампании. Организатор краудсорсингового проекта, несмотря на все преимущества, открыто заявляет о своих намерениях и бизнес-планах, чем могут воспользоваться конкуренты. Имеются и существенные репутационные риски.

С точки зрения юриспруденции рисков не меньше. Это связано, прежде всего, с отсутствием четкого законодательного регулирования вопросов, связанных с коллективным созданием РИД и распределением прав на него.

В отличие от проектов, выполняемых сотрудниками компании, краудсорсинговые проекты выполняются сторонними людьми, что требует повышенной осмотрительности и щепетильности в вопросах оформления интеллектуальных прав на итоговый результат. В отличие от служебных РИД, права на которые подразумеваются за работодателем, в краудсорсинге интеллектуальные права изначально принадлежат автору и переходят к организатору краудсорсингового проекта только после соответствующей передачи прав, оформленной договором.

¹¹⁰ Rohan Massey, Leigh J. Smith (Law firm «McDermott Will & Emery»). Crowdsourcing intellectual property. // URL: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7b18faea-a487-4983-8436-f6da1c92baf4> (дата обращения: 06.02.2017).

То обстоятельство, что идеи, решения предлагаются не собственными работниками, а сторонними людьми, сопряжено с существенным риском предъявления претензий о нарушении интеллектуальных прав третьими лицами. В данном случае велика вероятность того, что решения, предложенные участником, могут быть неоригинальными и заимствованными у другого лица. Кроме того, если речь идет о патентоспособных решениях, то есть риск существования аналогичного запатентованного технического решения, что требует дополнительного внимания.

Проблемы могут возникнуть и из-за тех участников, решения которых не были приняты организатором проекта. В связи с тем, что на поставленную задачу может откликнуться довольно много людей, существует риск схождения решений нескольких участников. Это может привести к предъявлению претензий со стороны проигравшего участника об использовании в реализации проекта аналогичного решения без выплаты ему вознаграждения.

Таким образом, в виду новизны рассматриваемой бизнес-модели для российского рынка и отсутствия законодательного регулирования краудсорсинговые проекты являются весьма рискованными. Не смотря на все «подводные камни», краудсорсинг продолжает проникать в сферу инноваций, что требует разработки юридически обоснованных подходов для минимизации рисков, связанных с интеллектуальными правами на краудсорсинговый РИД.

В настоящее время наиболее успешно используются договорные механизмы урегулирования вопросов

интеллектуальной собственности в рамках краудсорсингового проекта. Основная задача – соблюсти баланс между интересами бизнеса и участниками краудсорсинга, чтобы условия участия были не слишком обременительными.

Далее приведены основные положения юридической договорной практики, ставшие своего рода «основными правилами» минимизации рисков.

Во-первых, основатели и организаторы краудсорсингового проекта изначально должны подробно определить правила участия в проекте, правила подачи предложений, а также порядок отбора и установления победителя. Эти положения необходимо отразить в общем соглашении, которое будет размещено на сайте проекта и распространяется на всех участников. Так, на сайте известной краудсорсинговой площадки *Quirky* размещены Условия использования и Политика конфиденциальности, в которых содержатся, в том числе, правила участия.¹¹¹

Во-вторых, необходимо определить площадку для приема предложений и ответов участников и проанализировать, подходит ли выбранная площадка для проведения таких мероприятий. Например, сайты, такие как *Facebook* и *Twitter* имеют определенные правила

¹¹¹ Quirky.com Terms of Use and Privacy Policy // URL: <https://www.quirky.com/terms-of-service> (дата обращения: 09.02.2017).

относительно того, как компании могут использовать сайты для взаимодействия с участниками.¹¹²

В-третьих, поскольку каждое предложение участников является тем или иным объектом интеллектуальной собственности, в соглашении целесообразно отобразить условие о том, что каждый участник проекта, направивший свое предложение, гарантирует чистоту прав на предложенное им решение и отсутствие претензий третьих лиц. Помимо этого в соглашении рекомендуется четко указать, что за любое нарушение интеллектуальных прав третьих лиц участники несут ответственность самостоятельно и в полном объеме согласно российскому законодательству. Данное положение позволит переложить бремя доказывания по спорам о нарушении интеллектуальных прав на самих участников проекта и огородить организатора от необоснованных притязаний на результат проекта со стороны третьих лиц.

При этом рекомендуется дополнительно проверить работу (предложение) победившего участника на чистоту его прав, например, выяснить, не запатентовано ли кем-либо к настоящему времени аналогичное решение, насколько оригинальным является решение, если это связано с авторскими правами и так далее. Данное мероприятие необходимо, прежде всего, для самого основателя и организатора проекта, поскольку от этого зависит

результативность и успешность проекта, его ценность в эпоху инновационной экономики.

В-четвертых, важно указать, что предложения, направляемые участниками, не должны содержать конфиденциальную информацию, принадлежащую третьим лицам. Ответственность за нарушение условий о конфиденциальности в таком случае должны нести сами участники-распространители информации.

Таким образом, общее соглашение предназначено, прежде всего, для информирования всех участников о правилах и условиях участия в конкурсе. Организатору проекта необходимо понимать, что каждый из участников осведомлен о правовых последствиях своих действий.

Отдельным договором следует урегулировать отношения с победителем проекта, то есть участником, чье решение (предложение) отобрано для реализации в краудсорсинговом проекте.

Прежде всего, такой договор должен содержать четкое положение о присвоении организатором проекта исключительного права на РИД победителя. Это могут быть права на объекты патентных прав, авторских прав, средства индивидуализации, а возможно, целый комплекс охраняемых и потенциально охраняемых РИД. Одним из способов получения исключительных прав является оформление договора об отчуждении исключительных прав в пользу организатора проекта. В любом случае условие об отчуждении исключительных прав должно присутствовать в заключенном с победителем договоре.

¹¹² Положение о правах и обязанностях, Facebook, Inc. // URL: <https://www.facebook.com/legal/terms> (дата обращения: 06.02.2017); Условия предоставления сервисов, Twitter, Inc. // URL: <https://twitter.com/tos?lang=ru> (дата обращения: 06.02.2017).

Это очень важный момент, поскольку компании-организатору проекта необходимо не просто получить РИД победителя, но и присвоить себе все права на него, включая право на предъявление иска о нарушении прав в суде.¹¹³

При этом важно понимать, что интеллектуальные права на РИД до определения победителя и заключения с ним договора принадлежат участникам и не могут быть использованы организатором проекта без их согласия.

В случае если отчуждение исключительных прав в полном объеме не представляется возможным, то следует приобрести у правообладателя (победителя) исключительную лицензию с наиболее широким перечнем правомочий. Исключительная лицензия необходима в том случае, если использование данного РИД другими лицами нежелательно. Простая лицензия не обеспечит организатору проекта уникальность его разработки, в связи с чем проект рискует обесцениться.

Помимо этого в договоре с победителем необходимо оговорить условия реализации им право авторства, а именно право организатора проекта использовать или не использовать имя победителя (автора) в дальнейшем при реализации проекта.

Кроме условий о передаче исключительных прав организатору краудсорсингового проекта, необходимо озаботиться и о порядке оформления перехода прав на РИД,

созданные победителем уже в процессе реализации проекта. Так, например, можно воспользоваться конструкцией договора авторского заказа с отчуждением исключительных прав.

Условия о конфиденциальности в договоре необходимы тогда, когда предложенное победителем решение имеет существенный коммерческий интерес для компании, и разглашение таких сведений приведет к утрате коммерческого преимущества.

Особого внимания заслуживают условия договора о денежном вознаграждении за отчуждение прав. Оно может представлять собой как единовременное вознаграждение, так и роялти. Конечно, отчуждение может быть и безвозмездным, однако при организации проекта необходимо заботиться не только о собственных интересах, но и об интересах участников. Наличие вознаграждения победителю способствует стимулированию интереса к проекту и раскрытию творческого потенциала инноваторов. Чем больше сумма вознаграждения, тем больше интереса участников и желания победить.

Помимо денежного вознаграждения, рекомендуется предусмотреть и иные награды материального и(или) нематериального характера, например, поощрительные призы для участников, не ставших победителями. Такой подход к проведению конкурса дополнительно стимулирует инноваторов, поскольку в данном случае никто не будет чувствовать себя обделенным. Помимо этого, такой подход будет стимулировать участников к тому, чтобы вновь

¹¹³ Marc A. Lieberstein, Ashford Tucker, Andrea K. Yankovsky. Crowdsourcing: Understanding the Risks // New York State Bar Association. Inside Newsletter, Fall 2012, Vol. 30, No. 2

попробовать свои силы и неоднократно принимать участие в иных краудсорсинговых проектах того же организатора.

Все эти условия участия в краудсорсинговом проекте должны быть известны потенциальным участникам и отражены в общем соглашении. Участник должен быть осведомлен о правовых последствиях всех своих действий связанных с участием в конкурсе. Это также позволит снизить риски организатора проекта, связанные с недопониманием участником своих прав и обязанностей в связи с участием в конкурсе.

Отдельно стоит упомянуть о необходимости обучения персонала. Важно, чтобы сотрудники понимали возможные последствия использования краудсорсинговых идей. Лица, ответственные за рассмотрение предложений участников должны быть осведомлены о рисках и о том, что материалы являются собственностью участников, пока права не куплены организатором проекта.¹¹⁴

Безусловно, залог успешного регулирования отношений в рамках краудсорсинговых проектов – это гибкость и баланс интересов всех лиц, участвующих в таких проектах. Нельзя строго следовать лишь интересам собственного бизнеса. Слишком жесткое регулирование

способно не только «отпугнуть» всех потенциальных участников, но и сказаться в дальнейшем на репутации компании. Поэтому следует тщательно прорабатывать правовую политику с помощью договорных средств регулирования.

Однако договорных механизмов не достаточно для того, чтобы избежать всех рисков. К сожалению, в настоящее время гражданское законодательство в недостаточной степени регулирует вопросы совместной реализации исключительных прав несколькими правообладателями, хотя объем РИД, создаваемых коллективом авторов, особенно в области разработки программного обеспечения, мультимедийных продуктов, а также в сфере инноваций, постоянно растет. Очевидна необходимость в дополнении части IV Гражданского кодекса Российской Федерации нормами о долях в исключительном праве, которые позволят на законодательном уровне регулировать вопросы совместного правообладания.

2.04 Перспективы применения технологии blockchain в сфере ИС

Блокчейн (англ. *Blockchain*) – технология, созданная на основе действия криптовалюты биткоин и образованной для ее обращения одноименной платежной системы.

В 2008 году под именем Сатоши Накамото (до настоящего времени точно неизвестно, кто скрывается под

¹¹⁴ Marc A. Lieberstein, Ashford Tucker, Andrea K. Yankovsky. Crowdsourcing: Understanding the Risks // New York State Bar Association. Inside Newsletter, Fall 2012, Vol. 30, No. 2; Roberta Draper. Crowdsourcing – a great concept but are you aware of the legal risks? // URL: <https://www.kingsleynapley.co.uk/comment/blogs/corporate-and-commercial-law-blog/crowdsourcing-a-great-concept-but-are-you-aware-of-the-legal-risks> (дата обращения: 06.02.2017)

данном псевдонимом) была выпущена статья «Биткоин: пиринговая электронная система платежей» (англ. «*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*»), в которой описывается принцип работы биткоина – криптовалюты, представляющей собой цифровую запись или шифр, который возникает за счет использования вычислительной мощности компьютера пользователя.

Данная деятельность именуется «добычей» (англ. *mining*) и доступна любому пользователю, скачавшему предлагаемую программу. Однако наличие и использование компьютерных мощностей необязательно – биткоины можно обменять на реальную валюту, товары или услуги. Распоряжение биткоинами пользователем возможно только при наличии специального кода-ключа и адреса, которые генерируются автоматически системой. Биткоины используются в первую очередь при совершении транзакций.

Транзакция представляет собой передачу биткоинов от одного пользовательского адреса на другой пользовательский адрес. Реестр или база данных проведенных транзакций называется блокчейн (в переводе с английского «цепочка блоков»). Цепи блоков составляют транзакцию и построены таким образом, что каждый блок в цепи зависит от предыдущего, а любое изменение его «входа» или «выхода» приведет к тому, что цепочка не будет синхронизирована и построена, и будет означать, что транзакция не осуществится. Так, собирая детскую игру пазл, мы не сможем получить итоговую картинку, если частички пазла будут видоизменены и не смогут «входить» друг в друга.

Приведенное описание принципов работы биткоинов и технологии блокчейн является сильно упрощенным. Стоящее за данными принципами техническое обоснование (например, использование хеширования, алгоритмов и др.) является довольно хитроумной системой, понятной преимущественно для программистов, нежели для представителей юридической профессии или бизнеса. Тем не менее, именно благодаря подобной «технической начинке» можно выделить несколько основных характеристик, отличающих технологию блокчейн от иных способов передачи данных:¹¹⁵

- Транзакции производятся по принципу *peer-to-peer*, то есть происходят исключительно между пользователями блокчейна. Таким образом, отсутствует орган (государство, банк, иное третье лицо), которое бы контролировало совершаемые транзакции, например, выдавая разрешения или вводя ограничения на их осуществление;
- Транзакции не нуждаются в гаранте – существование криптовалюты подтверждается самой архитектурой платежной системы. Нельзя подделать биткоины или иным образом обмануть контрагента, так как без наличия биткоинов в кошельке владельца транзакция не будет осуществлена;

¹¹⁵ Савельев А.И. Договорное право 2.0: "умные" контракты как начало конца классического договорного права. Вестник гражданского права. 2016. N 3. С. 32 – 60 // СПС «Консультант Плюс».

- Транзакции носят анонимный характер. В реестре блокчейн отсутствует информация о субъектах передачи и приема биткоинов, так как фиксируются лишь адреса субъектов, выступающие в роли их наименования. При этом определить тех, кто стоит за транзакциями невозможно без соотнесения ключа и адреса с непосредственным владельцем;¹¹⁶
- Транзакции публичны. Все осуществленные транзакции вносятся в систему и доступны любым пользователям блокчейна. При этом указывается количество передаваемых биткоинов, адреса получателей и отправителей. Баланс, отражающий количество биткоинов у каждого владельца на счете, который также именуется «кошельком», не отображается;
- При осуществлении транзакции комиссия необязательна. В виду отсутствия посредников при осуществлении транзакций передача криптовалюты может осуществляться без комиссионного вознаграждения, что обеспечивает ускорение процесса передачи данных и делает его более

¹¹⁶ Стоит отметить, что в 2011 году вышла статья Fergal Reid, Martin Harrigan рассматривающая архитектуру блокчейн. Авторы пришли к выводу о том, что существует возможность связать ключи и адреса владельцев биткоин с реальными владельцами. Однако раскрытие данной информации происходит уже при обменных операциях с криптовалютой и иными, не относящимися к непосредственно транзакциями действиями. <https://arxiv.org/abs/1107.4524>

дешевым по сравнению со сделкой, проведенной в «реальном» мире;

- Осуществленная транзакция не подлежит изменению, отмене или блокировке, как со стороны третьих лиц, так и самими пользователями. При этом основанием совершения данных действий также не может являться ошибка пользователя.

Первоначально основным назначением технологии блокчейн и платежной системы «Биткоин» являлось осуществление платежных операций как альтернативы существующей банковской системы, которая сопряжена с большими издержками при переводе средств со счета на счет. Именно поэтому основное распространение данная технология получила в финансовой сфере при проведении расчетов.

Однако в настоящее время блокчейн получает свое развитие и в других областях. Одной из причин этому служит формирование концепции и практическое использование «умных контрактов» (англ. *smart contracts*), которые создаются на основе принципов функционирования технологии блокчейн. «Умный контракт» представляет собой фрагмент кода, который реализован на платформе блокчейн и иницируется блокчейн-транзакциями и который организует внесение записей в базу данных блокчейн.¹¹⁷ То

¹¹⁷ Gideon Greenspan. Beware of the Impossible Smart Contract. Blockchain news. 12 April, 2016. URL: <http://www.the-blockchain.com/2016/04/12/beware-of-the-impossible-smart-contract/>

есть «умный контракт» представляет собой написанный на языке программирования договор, отражающий условия сделки. Записи о совершенных транзакциях сохраняются в базе данных, а расчеты между пользователями происходят с использованием криптовалюты и специальной системы ключей и адресов. Условия договора, представляющие не что иное как программный код и заданный алгоритм, невозможно изменить даже сторонами договора. Контракт исполняется автоматически при наступлении определенных условий, например, при наступлении оговоренной сторонами даты, – таким образом достигается автономность «умного контракта» и отсутствует необходимость в осуществлении сторонами каких-либо дополнительных действий по его исполнению.

Технология блокчейн создавалась автономно от правовой системы и по данной причине возникают вопросы при квалификации возникающих правоотношений в соответствии с принятыми стандартами и постулатами договорного права – свободой договора, использованием обеспечительных мер, форс-мажорными обстоятельствами.

Помимо этого, криптовалюта до сих пор не является признанным средством платежа в Российской Федерации (более того, существует и законопроект о запрете создания альтернативных, неофициальных платежных систем). Несмотря на это, уже сейчас можно рассуждать о возможных перспективах использования технологии блокчейн.

Рассмотрим возможные способы использования технологии блокчейн в сфере интеллектуальной собственности и их взаимное влияние.

Перечисленные ниже способы не претендуют на обязательную реализацию в будущем – оценка перспектив и эффективности использования блокчейн на практике должна быть подвержена рассмотрению с точки зрения политико-правовых, экономических и даже философских парадигм, однако для целей данной работы вниманию представлены возможные сферы использования технологии блокчейн для решения некоторых проблем, возникающих в сфере распоряжения правами на объекты интеллектуальной собственности.

(i) Реестр правообладателей / реестр сделок с объектами интеллектуальной собственности

С помощью технологии блокчейн существует возможность создания единого реестра правообладателей и результатов интеллектуальной деятельности. При этом, обладая схожей функцией, что и традиционные реестры (например, реестры Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности), в блокчейн-реестре при этом будет содержаться не просто информация о названии объекта, его краткой характеристике и правообладателе, но и непосредственно сам объект, к примеру, изображение или музыкальное произведение, к которому будут приложены условия распоряжения правами на него. При этом объект, внедренный в систему блокчейн, будет иметь криптографическую «печать» оригинальности (как аналог

существующих водяных знаков), что позволит сторонам сделки быть уверенными в его подлинности.

Особую актуальность данная возможность блокчейна имеет при использовании фотографий из стоковых сервисов. В настоящее время пользователь фотографий, приобретенных через стоковые торговые площадки, не может быть полностью уверен в том, что он получает права в отношении оригинала фотографии, созданного конкретным автором. «Печать» оригинальности позволит снизить неопределенность в отношении авторства фотографии и правомерности приобретения прав от непосредственного правообладателя.

Другим возможным применением технологии является лицензирование программ для ЭВМ с открытым исходным кодом – как правило, такие программы используются в качестве компонентов третьих лиц в проприетарном программном обеспечении, но разработчики таких продуктов склонны нарушать содержащиеся в GPL и Apache предписания о взаимном открытии кодов и ограниченном коммерческом использовании. Цифровая подпись, сопровождающая такой компонент, позволит, во-первых, легко провести аудит кода на предмет его юридической чистоты, во-вторых, установить содержание лицензионных условий, которые не будут сопровождать его.

Так как технология блокчейн фиксирует и вносит в базу данных все совершенные транзакции, становится возможным отслеживание как лицензионных соглашений, так и передачи прав на объект интеллектуальной собственности от одного правообладателя к другому. В свою

очередь, данное свойство блокчейна в значительной степени делает оборот интеллектуальных прав более доверительным и не требующим дополнительного подтверждения прав на объект, что особенно актуально при сублицензировании. Внесение информации об объекте и правах на него в реестр блокчейн может служить альтернативой современному депонированию.

Прозрачность и независимость подобного реестра транзакций, а также отсутствие управляющего им лица, делает его привлекательным для использования правообладателями, которые желают «зафиксировать» свои права в отношении объекта интеллектуальной собственности.

(ii) Выплата роялти

В связи с возникновением площадок по продаже музыкальных произведений (например, *iTunes* или *Spotify*) в индустрии музыки размер роялти автору за созданный контент осуществляется посредством вычисления статистических данных, отражающих количество прослушиваний и скачиваний. При этом, контракты, заключенные годами ранее, не всегда отражают то, как музыкальные произведения используются в данный момент.¹¹⁸

¹¹⁸ Using the Blockchain to Reinvent the Music Business. Mathew Ingram. URL: <http://fortune.com/2015/11/27/blockchain-music/>. Дата обращения: 06.02.2017.

Использование технологии блокчейн позволит открыто определять конечное число пользователей и, соответственно, более справедливо рассчитывать роялти. Особенно важным является факт передачи платежей непосредственно автору произведения без посредников в виде звукозаписывающих компаний или обществ по коллективному управлению правами. Теоретически, это означает нивелирование функции организаций по управлению авторскими и смежными правами, так как совершение сделок с использованием технологии блокчейн не нуждается в медиаторах для совершения сделок. Данная возможность особенно актуальна для неизвестных исполнителей, которые только начинают свою музыкальную карьеру и посредством блокчейн смогут распространять музыкальные произведения и получать за них плату без заключения контракта с лейблами. Но даже если такая функция сохраняется, посредники получают необходимый инструмент для решения проблемы так называемого «черного ящика», т.е. невозможности точно определить адресатов вознаграждения из-за отсутствия налаженной системы, устанавливающей связь между использованием конкретного произведения и его автором. Правообладатели, со своей стороны, могут использовать систему блокчейн для проверки эффективности деятельности посредников, что является практически невозможным при действующей системе, когда условия заключенных посредниками контрактов чаще всего правообладателю неизвестны.¹¹⁹

¹¹⁹ Обе указанные проблемы являются распространенными и хорошо изучены. См., например: Rethink Music. 2015 Fair Music: Transparency and

Описанный выше принцип уже применялся на практике. Британская певица Имоген Хип выпустила песню «*Tiny Human*»¹²⁰ с помощью технологии блокчейн, желая получить справедливую плату от лиц, скачавших ее произведение с помощью контроля и непосредственного трекинга количества пользователей.

При этом стоит также отметить возможность распределения роялти между различными правообладателями. В процесс создания музыкального произведения обычно вовлечено большое количество людей – непосредственно исполнители, авторы музыки и текста песни, звукозаписывающая компания. Использование технологии блокчейн позволяет мгновенно расщепить платеж между всеми создателями музыкального произведения в заранее обусловленных пропорциях. Так, предположим, что покупка прав на прослушивание одной аудиозаписи, исполненной дуэтом, будет стоить 30 рублей. В условиях распространения можно отдельно указать, что 10 рублей поступит на адрес композитора, 5 рублей на адрес звукозаписывающей компании, и оставшиеся 15 рублей

Payment Flows in the Music Industry. Berklee Institute of Creative Entrepreneurship. 2015. С.3-4, 14. Проблемы актуальны также и для России, о чем свидетельствует выход из РАО известных композиторов, музыкантов и исполнителей. См., например, публикацию в СМИ: Почему Илья Резник, Максим Фадеев, Алексей Рыбников вышли из авторского общества? URL: <http://www.kp.ru/daily/26434/3306221/>

¹²⁰ Imogen Heap releases Tiny Human using blockchain technology. URL: <https://www.theguardian.com/membership/2015/oct/02/live-stream-imogen-heap-releases-tiny-human-using-blockchain-technology>. Дата обращения: 06.02.2017.

будут разделены между исполнителем А и исполнителем Б пополам.

Высокая скорость передачи средств, минимальная комиссия, открытость данных (в том числе для налоговых и иных государственных органов) и возможность расщепления роялти делают блокчейн выгодным для артистов и невыгодным для музыкальных посредников. Уже сейчас существуют организации, которые используют технологию блокчейн для обеспечения взаимодействия между автором и пользователями контента. Среди них можно выделить ContextLabs, MediaChain, LBRY, Decent Foundation.

(iii) Поиск потенциальных инвесторов

Инвестирование в начинающего исполнителя всегда сопряжено для продюсера с определенными рисками – нельзя заранее с точностью определить будущую популярность артиста и созданных им музыкальных произведений.

Прозрачность технологии блокчейн позволит инвесторам более эффективно осуществлять поиск талантливых артистов, так как станет доступной достоверная информация о сделках, совершенных данным артистом в отношении музыкальных произведений. К примеру, продюсер будет рассматривать для потенциального инвестирования исполнителей, чьи аудиозаписи купили более 10 000 человек.

Данное условие можно включить в «умный контракт» между продюсером и артистом и при достижении заданного количества пользователей автоматически направить соответствующие денежные суммы. В свою очередь, артист, создавший на деньги инвестора новые музыкальные произведения, сможет автоматически начислять на кошелек инвестора процент от полученных сумм за продажу аудиозаписей.

Таким образом, с помощью технологии блокчейн возможно создание площадки для взаимодействия между инвестором и артистом в части поиска контрагентов, оформления отношений и осуществления платежей.

(iv) Построение сложных многоступенчатых договоров

Технология блокчейн позволяет создать и автоматизировать исполнение некоторых комплексных контрактов. Предположим, что стартап-компания создала коммерчески выгодное предприятие, например, пространство для проведения квестов. При этом особую привлекательность для клиентов обеспечивает «погружение» в игру, создаваемое посредством дизайна интерьера, музыки, сложных технических и световых эффектов. Компания желает распространить сеть подобных пространств по всей России и для этого предлагает заключить договор франчайзинга.

В тексте договора можно указать следующие условия: покупку специального оборудования у согласованных

поставщиков, обязательного обновления дизайна интерьера и иных элементов пространства по истечении трех лет, выплату процентов за передачу прав по договору франшизы третьим лицам (сублицензирование). В рамках «умного контракта» с помощью можно составить договор между франчайзером и франчайзи со множеством условий, наступление которых фиксируется в системе блокчейн. Так, сразу после заключения договора франчайзинга автоматически произойдет заключение договора поставки оборудования с франчайзи, а со счета последнего будет перечислена необходимая сумма. По истечении трех лет (еще одно запрограммированное условие) от франчайзи автоматически поступят средства за предоставление прав на использование произведений дизайна для обновленного интерьера. Франчайзер сможет отслеживать количество заключенных сублицензионных договоров, и если их число превышает согласованное, то на его счет от франчайзи будет автоматически перечислен соответствующий платеж.

Подобное техническое построение договора с использованием множественности условий позволяет снизить значительные издержки на заключение новых договоров об использовании объектов интеллектуальных прав или, исходя из указанного примера, с согласованными поставщиками, так как все действия будут происходить автоматически.

(v) Заключение

Приведенные в представленном анализе способы использования технологии блокчейн не являются исчерпывающими. В связи с ее дальнейшим распространением и развитием количество возможностей для решения проблем в различных сферах значительно увеличится.

В настоящее время созданы специальные площадки для заключения «умных контрактов» (платформа *Ethereum*, *Elevance*), в том числе в России (платформа *Cornerstone*, созданная дочерней структурой Сбербанка «Деловая среда»).

Помимо этого, разрабатываются типовые условия договоров и специальные языки для их написания (например, *Digital Asset Modeling Language (DAML)*). Все это позволяет говорить о заинтересованности различных компаний в изучении и использовании технологии блокчейн.

2.05 Концепция единого объекта

Вместе с тенденцией расширения круга охраняемых объектов ИС ряд ученых-юристов отмечают и иной процесс – смешение некоторых форм охраны интеллектуальной собственности, приводящее к их комбинации и появлению своего рода унифицированной формы охраны.

Такая тенденция обусловила появление в юридической науке, так называемой, концепции «единого объекта». Суть этой концепции заключается в следующем: ввиду постоянного увеличения количества охраняемых законом объектов интеллектуальной собственности в будущем возможен сценарий не количественного, а качественного изменения перечня объектов правовой охраны. В рамках качественного изменения возможен отказ законодателя от обеспечения защитой всего перечня объектов с заменой их на единый объект интеллектуально-правовой охраны.¹²¹

Предпосылкой возникновения качественного изменения является сходство некоторых правовых режимов охраны интеллектуальной собственности, приводящее к их комбинации или смешению. Чаще всего эти явления происходят на практике, однако сам законодатель способствует «сближению» некоторых режимов. Так, товарный знак по своим характеристикам очень схож с

промышленным образцом, несмотря на то, что они относятся к различным институтам.

Промышленный образец охраняет внешний вид изделия (например, оригинальная упаковка для товара, обложка журнала и т. п.). Однако эстетические особенности внешнего вида могут охраняться также товарным знаком. В этом случае возможно столкновение прав на товарный знак и промышленный образец, принадлежащих различным субъектам. Во избежание этого существуют определенные механизмы, направленные на предотвращение регистрации одинаковых решений в качестве промышленных образцов и товарных знаков за различными правообладателями. Так, согласно с пп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, тождественные промышленному образцу, права на которые возникли ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака.

Примером смешения режимов товарного знака и произведения, охраняемого авторским правом, являются звуковые товарные знаки, например, заставка кинокомпании «*TWENTIETH CENTURY FOX*», фирменный рингтон *Nokia*.

Есть случаи успешной защиты результатов интеллектуальной деятельности, по всем признакам относящихся к изобретениям, с помощью товарных знаков. Так, 10 августа 1897 года Феликс Хоффман, работавший в лабораториях фирмы *Bayer AG*, известной немецкой химической и фармацевтической компании, впервые получил образцы ацетилсалициловой кислоты в форме, возможной для медицинского применения. Используя метод

¹²¹ IP Herald: Новости в сфере интеллектуальной собственности (материал подготовлен Центром интеллектуальной собственности ЕУ в СНГ). Санкт-Петербург, 2014.

ацетилирования, он стал первым в истории химиком, кому удалось получить салициловую кислоту химически чистой и в стабильной форме. Когда *Bayer AG* решило запатентовать этот метод, получило отказ. Тогда было принято решение зарегистрировать товарный знак «*Aspirin*», под которым ацетилсалициловая кислота продавалась по всему миру.

Тенденция сближения различных режимов и институтов интеллектуальной собственности и их унификации отмечалась многими учеными-юристами,¹²² однако можно ли говорить, что эта тенденция однозначно приведет к возникновению некоего «единого объекта» как универсального режима?

Безусловно, различные правовые режимы охраны интеллектуальной собственности имеют некоторые сходства, однако не стоит забывать и о существенных отличиях между ними.

Сложно представить себе, например, охрану изобретения посредством авторского права, или наличие личных неимущественных прав на товарный знак или отсутствие таковых на объекты авторских прав.

Так же встает вопрос о регистрации исключительных прав. Как известно, исключительное право на товарный знак возникает у его правообладателя с момента его регистрации в патентном ведомстве. Представляется абсурдным введение обязательной регистрации для произведений, поскольку поставит под сомнение основы авторского права,

¹²² Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) (под ред. А.Л. Маковского). М., 2008.

неоправданно преувеличит значение государственной регистрации. С другой стороны, и отказ от системы регистрации полностью невозможен.

Наличие различных режимов охраны объектов интеллектуальной собственности обусловлено различными целями и задачами, которые государство ставит перед собой при том или ином регулировании. Появление новых объектов ставит перед законодателем задачу определения наиболее подходящего режима его охраны, которые уже закреплены в законе.

Таким образом, возникновение в перспективе некоего «единого объекта», представляющего собой универсальный правовой режим для всех объектов представляется маловероятным, да и едва ли необходимым.

Следует также отметить, что понятие «единый объект» упоминается в законодательстве юридической литературе и в ином контексте.

Так, все чаще появляются новые объекты, которые объединяют в себе множество отдельных объектов (решений), без которых достижение желаемого результата оказывается невозможным, в чем проявляется тенденция общего усложнения результатов интеллектуальной деятельности. Таковыми являются кинофильмы и иные аудио-визуальные произведения, программы для ЭВМ, базы данных, Интернет-сайты и т.д. Такие объекты требуют особого регулирования как единого целого, а не как большое количество отдельных РИД. В связи с этим отмечается закрепление права на единый объект, конструкция которого

позволяет использовать РИД без согласования со всеми лицами, участвующими в его создании.¹²³

Законодательство оперирует также понятием единой технологии (глава 77 ГК РФ), которая является одним из видов сложных объектов. Единой технологией признается выраженный в объективной форме результат научно-технической деятельности, который включает в том или ином сочетании изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ или другие результаты интеллектуальной деятельности, подлежащие правовой охране, и может служить технологической основой определенной практической деятельности в гражданской или военной сфере (ст. 1542 ГК РФ).

Безусловно, закрепление на законодательном уровне категории единой технологии – это существенный шаг навстречу инновационному развитию экономики, требующему привлечения все большего количества талантов для создания нового РИД. Однако сфера применения данной категории представляется неоправданно суженной.

Следует признать, что с принятием части четвертой ГК РФ в нашей стране было сформировано законодательство, соответствующее всем требованиям современности и не уступающее законодательству развитых правовых систем. Оно

¹²³ Калятин О.В. Законодательство об интеллектуальной собственности XXI века: тенденции развития // Право. Журнал Высшей Школы Экономики. 2011. № 3.

отражает и идейное наполнение современной доктрины права интеллектуальной собственности.¹²⁴

Тем не менее, законодательство вынуждено поспевать за стремительным экономическим развитием; имплементация в существующее законодательство новых объектов всегда сложная задача, которая решается не всегда однозначно.

Нельзя отрицать тенденцию к сближению институтов интеллектуальной собственности, при этом остающихся в достаточной мере самостоятельными и имеющими свои отличительные черты. Это не является ошибкой отечественного законодателя, поскольку данная тенденция проявляется повсеместно и за рубежом. Скорее такие процессы обусловлены интересами бизнеса, стремящегося наиболее полно и всесторонне обеспечить правовую охрану своим активам, в том числе, путем комбинирования различных по своей природе способов охраны. На наш взгляд, более перспективным представляется развитие тенденции унификации и систематизации именно внутри институтов.

¹²⁴ Калятин О.В. Указ соч.

2.06 Регулирование Интеллектуальной собственности и сеть Интернет

(а) Основные тенденции развития регулирования интеллектуальных прав в России и за рубежом

Проблемы и новые возможности правового регулирования использования сети Интернет обусловлены во многом техническими особенностями цифровой среды.

Проблемы, с которыми сегодня сталкиваются и право ИС, и другие отрасли права, сходны: идентификация пользователей, ответственность информационных посредников, пиринговые сети, скорость распространения информации, юрисдикционная разобщенность и др.

Если само право интеллектуальной собственности сравнительно молодо – его история насчитывает около трехсот лет,¹²⁵ то Интернет появился всего полвека назад.¹²⁶

¹²⁵ Серго А.Г., Пушин В.С. Основы права интеллектуальной собственности для ИТ-специалистов. М.: Интернет-Университет Информационных технологий: БИНОМ. Лаборатория знаний, 2011. С. 12.
Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности. М.: ТК Велби: Проспект, 2008. С. 28.

Ученые сходятся во мнении, что для правовой науки развитие сети Интернет – серьезный вызов.¹²⁷ В.А. Дозорцев писал, что результат интеллектуальной деятельности – это продукт, «ранее традиционно распространявшийся вне рынка», который теперь вышел на рынок.¹²⁸

Сегодня этот «продукт» вышел на самый большой рынок в истории.

По мнению И.Л. Бачило, Интернет в системе права представляет собой самостоятельный объект правового регулирования: это «универсальная система объединенных сетей, позволяющих обеспечить включение любых массивов информации для предоставления ее пользователям, оказания справочных и других информационных услуг, а также совершения различных гражданско-правовых сделок на основе комбинаций информационно-коммуникационных технологий».¹²⁹

Проблемы интеллектуальной собственности в сети Интернет не ограничиваются противостоянием закона и технологий. Вторая проблема – международный элемент. Киберпространство существует вне границ и рамок, что сделало возможным трансграничные правонарушения.

¹²⁶ Kleinrock L. Biography: the Birth of the Internet. The University of California, 2010 [Электронный ресурс] URL: http://www.lk.cs.ucla.edu/personal_history.html

¹²⁷ Незнамов А.В. Особенности компетенции по рассмотрению интернет-споров. Книга 1. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 11.

¹²⁸ Дозорцев В.А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов. Законодательство и экономика. 1998. № 7. С.4.

¹²⁹ Бачило И.Л. Интернет как явление для системы права. Проблемы информатизации. 2000. № 3. С. 3.

Именно Интернет сегодня является самым доступным источником для обнародования произведений, простым способом хранения информации и ее передачи практически в любую точку Земли, в том числе и результатов интеллектуальной деятельности. При этом граждане развивающихся стран зачастую не готовы платить за Интернет-контент ту же стоимость, что жители развитых стран.

Современное состояние средств и механизмов, имеющих в распоряжении правоприменителей не позволяет предпринимать сколь-нибудь заметные и действенные меры против распространения нелегальной информации и другой нарушающей закон активности в глобальной Сети, а все заметные «истории успеха» как правило связаны с бездействием оппонентов или их некавалифицированной защитой.

(b) Нарушение прав ИС в сети Интернет и коллизионное регулирование

Проблема мультиюрисдикционности заключается в том, что у Интернета, может быть, границ и нет, но границы есть у судов.¹³⁰

¹³⁰ Dessemontet F. Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace. *Journal of International Arbitration*. 2001. Vol. 18. С. 3-4.

Как отмечает С.А. Бабкин, территориальный суверенитет применительно к отношениям в Интернете не работает.¹³¹

О. Рено считает, что любой контент в Интернете, хотя и предназначен конкретной целевой аудитории, но фактически его может просматривать неограниченное число пользователей, принадлежащих к разным юрисдикциям.¹³² Многие авторы считают, что для определения юрисдикции и применимого права в области отношений в сети Интернет, нужны особые правила¹³³ (хотя некоторые и настаивают на том, что существенных различий нет, и можно продолжать пользоваться классическими правилами).¹³⁴

В девятнадцатом веке суды легко определяли место, где произведения были опубликованы, где был продан товар, где запатентованное изобретение использовалось, то есть место нарушения авторских прав. Суд применял право

¹³¹ Бабкин С.А. Право, применимое к отношениям, возникающим при использовании сети «Интернет». М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. С. 61.

¹³² Renault O. Jurisdiction and the Internet; Are the Traditional Rules Enough? [Электронный ресурс] URL: Uniform Law Conference of Canada. <http://www.ulcc.ca/en/1998-halifax-ns/395-civil-section-documents/366-jurisdiction-and-the-internet-are-the-traditional-rules-enough-1998> (дата обращения: 20.02.2017).

¹³³ Post D.G. Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace. Temple University School of Law. [Электронный ресурс] URL: <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html> (дата обращения: 20.02.2017).

¹³⁴ Davis P.A. The defamation of choice-of-law in cyberspace: countering the view that the restatement of conflict of laws is inadequate to navigate the borderless reaches of the intangible frontier. *Federal Communications Law Journal*. March 2002. С. 350-351.

места совершения нарушения. Но в Интернете эта ключевая категория – место совершения нарушения – неоднозначна, она неприменима к киберпространству. Если закон одной страны дает слишком слабую или слишком сильную защиту, их применение может привести к тому, что П.Э. Геллер называет пиратской гаванью, убежищем для пиратов или к появлению перевалочных пунктов для потоков данных в сети.¹³⁵

Действительно, многие Интернет-ресурсы, которые используются для распространения нелегального контента или для другой незаконной деятельности, функционируют на доменных именах, зарегистрированных на резидентов оффшорных или африканских стран, недоступных для органов правосудия из Европы, США, обслуживаются у серых хостинг-провайдеров (*bulletproof hosting service*, в России также называют «абузоустойчивыми»), пользуясь тем, что «традиционное» правосудие требует предъявлять иск только по месту нахождения ответчика и его официального извещения.¹³⁶

¹³⁵ Geller P.E. International Intellectual Property, Conflicts of Laws, and Internet Remedies. *Journal of Intellectual Property Rights*. 2005. Vol. 10. С. 133

¹³⁶ В России набирает силу достаточно сомнительная практика, когда в иске в качестве «ответчика» формально указывается наименование хостинг-провайдера так, как оно представлено в Whois-сервисе, при этом суд даже не выясняет относится ли это к какому-нибудь существующему юридическому лицу, а все извещения направляются с нарушениями требований ГПК – заказными письмами по любому известному адресу. Но поскольку целью такого процесса является получение основания для блокировки ресурса по требованию Роскомнадзора, такие нарушения не вызывают вопросов ни у правообладателей, ни у правоприменителей.

Нередко правообладатели из России сталкиваются с отказом в удалении или блокировке контента, передаче прав администрирования доменного имени со стороны регистраторов и хостинг-провайдеров из США со ссылкой на необходимость предоставления исполнимого на территории США решения суда, либо с невозможностью установления владельца доменного имени, если регистратор скрывает его имя (появляется «номинальное держание» – регистратор указывает себя администратором домена, а с реальным владельцем его связывают договорные отношения).

Возможно, поэтому многие ученые считают, что международное регулирование неуместно в Интернете¹³⁷, а решение проблемы возможно на национальном уровне.

(с) Тенденции развития

Для права ИС развитие коммуникационных технологий и Интернет-сети – это, прежде всего, вызов традиционным механизмам защиты авторских прав. Все больше и больше произведений, приобретая свои электронные версии, получают распространение по глобальной Сети, которое контролировать практически невозможно.

¹³⁷ Davis P.A. The defamation of choice-of-law in cyberspace: countering the view that the restatement of conflict of laws is inadequate to navigate the borderless reaches of the intangible frontier. *Federal Communications Law Journal*. 2002. March. С. 341.

Как в России, так и во всем мире эти вызовы приводят к появлению новых методов регулирования или правоприменительных механизмов.

Примерами на уровне Европейского союза могут служить:

- Директива о сиротских произведениях (Directive 2012/28/EU), вступившая в силу 29 октября 2014 года;
- Директива о коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке (Directive 2014/26/EU);
- Проект Директивы об авторском праве на Едином цифровом рынке (Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market) 2016 года.

В России широко применяется так называемый «антипиратский» закон 2014 г. – Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях».

Фактически это пакет поправок в нормативные акты, регулирующие порядок функционирования информационно-телекоммуникационных сетей: Гражданский кодекс РФ,

Федеральный закон «Об информации, информатизации и защите информации», процессуальное законодательство.

Указанным законом введена возможность блокировки Веб-сайтов, содержащих контент, нарушающий авторские права, или иные сведения, распространение которых запрещено. Компетенцией рассматривать дела о защите прав на аудио-визуальные произведения в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет, наделен Московский городской суд.

Чтобы обеспечить оперативное реагирование, соответствующее скорости, с которой нарушитель может удалить спорный контент, перевести администрирование или хостинг сайта на другое лицо, закон предусматривает принятие предварительных обеспечительных мер по ходатайству правообладателя еще до обращения с иском. Как правило, принятие таких мер в виде блокировки и прекращения доступа к спорному контенту фактически предрешает исход дела и дальнейшее разбирательство становится уже формальностью. Тем не менее, в среднем от момента обращения до вступления в законную силу решения о блокировке проходит 3-4 месяца.

Как уже отмечалось выше, на практике у Мосгорсуда возникают проблемы с получением достоверной информации о сайте-нарушителе и лицах, ответственных за предоставление доступа к нему.

Так, в Решении по делу № 3-726/2015 от 04 декабря 2015 года Мосгорсуд отказал в постоянном ограничении доступа к копиям Веб-сайта или производным от него сайтам, размещаемым под иными доменными именами или

по иным сетевым адресам, в том числе в случаях, когда доступ к ним осуществляется в порядке переадресации с указанного доменного имени, так как «Истцом не указаны доменные имена копий названного сайта и производных от него сайтов, их сетевые адреса, не подтвержден сам факт их существования, а также не представлены документы, подтверждающие какое-либо отношение ответчиков к копиям названного сайта и производным от него сайтам (являются ли они их администраторами, провайдерами-хостинга или др.). Кроме того, постоянное ограничение доступа к абстрактным (неидентифицируемым) сайтам создаст правовую неопределенность, исключит возможность исполнения судебного акта».

Юриспруденция, оставаясь формальным способом мышления, не позволяет еще создать такие механизмы, которые с одной стороны, позволяли бы вводить превентивные меры, направленные на ограничение возможной незаконной активности нарушителя в будущем, а с другой стороны не приводили бы к злоупотреблениям в практике и ущемлению прав добросовестных пользователей – поэтому суд был вынужден отказать правообладателю фактически в очевидно справедливом требовании.

Помимо развития традиционных механизмов защиты права, в российской доктрине обсуждаются и новые кардинальные меры – например, проект введения единого сбора за использование объектов авторского права («глобальная лицензия»), или страхового взноса на случай, если владельца ресурса привлекут к ответственности («обязательное страхование»), но пока достаточно рано говорить не только об их внедрении в каком-либо обозримом

будущем, но даже о получении одобрения сообществом экспертов – настолько кардинальными и плохо сбалансированными представляются такие предложения.

Другим проблемным аспектом защиты ИС в сети Интернет является борьба с распространением контрафактной продукции. В этом направлении не ведется какая-то планомерная законодательная работа, поэтому правообладатели действуют разрозненно, самостоятельно пытаются применить существующие правовые средства.

Позиции отечественных судов, рассматривающих подобные споры, отличаются консерватизмом, если не сказать косностью.

Так, до сих пор в практике не выработано понимание, что распространение экземпляров ПО, произведений или контрафактной продукции на популярном Интернет-ресурсе позволяет совершать множество сделок с огромными оборотами, но предметом рассмотрения как правило является единичная сделка, совершенная в рамках «контрольной закупки». Суд не принимает во внимание, что объективные метрики посещаемости и конверсии, полученные от поисковых систем, могут достаточно точно указать на объемы продаж – вместо этого суд принимает меры только по факту совершившейся продажи – отсюда и минимальные компенсации, и непринятие мер на будущее.

Между тем, действующее законодательство никак не связывает суд в оценке масштабов, длительности и характера нарушения – суд может руководствоваться и экспертными мнениями, на основании которых установить реальный масштаб преступной деятельности и применить

соответствующие последствия. Но такого рода доказательства отклоняются под предлогом «предположительного характера» содержащихся в них выводов.

Интернет в том виде, каким мы знаем его сегодня, возник и складывался как свободное информационное пространство, свободное от государственного регулирования. Таким во многом он остается и сегодня.

Доменные имена распределяются и регистрируются неправительственными, некоммерческими организациями, которые не подчиняются суверенитету ни одного из государств. Протоколы передачи данных конвенциональны и сложились без законодательного закрепления. Государственные образования в глобальной Сети и на сегодняшний день остаются больше пользователями, чем регуляторами, поэтому и степень их влияния на происходящее всегда ограничена.

Государственный аппарат в полной мере может контролировать только процессы «выхода из онлайн». Например, задержать кибер-преступника, получающего в банке выручку от незаконных операций, перехватить партию контрафактного товара при вручении покупателю, пресечь монополистический сговор представителей бизнеса, и т.д.

В тех же ситуациях, когда вся деятельность осуществляется онлайн, без реальной связи с территорией юрисдикции, правоохранительные органы бессильны.

Так, например, в России распространены случаи Интернет-мошенничества, когда на сайте предлагается

заказать диск или файл с интересующим пользователя контентом (например, это могут быть записи образовательных ресурсов, экземпляры программного обеспечения, разнообразные «кремлевские диеты» от самых авторитетных специалистов), оплатив его стоимость онлайн, авансом. После перечисления средств пользователь либо не получает ничего, либо получает пустой диск по почте. Поиск лиц, контролирующих эту деятельность, успеха не принесет: номера телефонов, банковские счета и карты оформляются на «подставных» лиц, сам сайт закрывается через некоторое время, или переезжает на другие ресурсы.

(d) Ответственность информационных посредников

Ключевой тенденцией последних лет является поиск баланса между интересами правообладателей, которые стремятся к максимальной защите своих прав, и необходимостью адаптации права ИС к новым условиям распространения информации, которые бы отвечали интересам развития инновационной экономики и общества знания.

Иными словами, противостояние сохраняется, но на уровне законодательства и судебной практики можно констатировать постановку и реализацию двух целей – защитить правообладателей и обеспечить законные интересы других субъектов (прежде всего, информационных посредников).

Вопрос о том, несут ли ответственность технические провайдеры активно рассматривался в литературе с 1990-х годов.¹³⁸ К. Коулман и Б. Угенхольтц задавались вопросом: нужно ли считать провайдеров электронными издателями, несущими ответственность за гигабайты информации, проходящие через их сервер? Или они скорее что-то типа почтальона в Интернете, который не несет ответственности за то, что он доставил?¹³⁹ По мнению В.О. Калятина, стремление наложить на провайдера ответственность за использование результатов интеллектуальной деятельности в информационной сети обусловлено не столько действиями самого провайдера, сколько его способностью влиять на действия других лиц. Именно провайдер может оперативно реагировать на возникающие нарушения и пресекать их. Поэтому указанный автор называет их «ключевым звеном в системе борьбы с нарушениями авторских прав в Интернете»¹⁴⁰.

Для решения вопросов об ответственности Интернет-

¹³⁸ Lindsay D. Copyright Infringement via the Internet: the Liability of Intermediaries. Centre for Media, Communications and Information Technology Law, the University of Melbourne Research Paper. May 2000. №11. С. 13.

Павлова Е.А. Актуальные проблемы совершенствования части четвертой ГК РФ. Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 141.

¹³⁹ Koelman K., Hugenholtz B. Online Service Provider Liability for Copyright Infringement. Paper presented to WIPO Workshop on Service Provider Liability, Geneva. Доклад ВОИС. [Электронный ресурс] URL: https://pure.uva.nl/ws/files/3363649/6027_wipo99.pdf (дата обращения: 20.02.2017).

¹⁴⁰ Калятин В.О. О некоторых тенденциях развития законодательства об ответственности Интернет-провайдеров. Закон. № 7. 2012. С. 28.

провайдеров за размещение противоправного контента пользователями используя дифференциацию провайдеров по типу предоставляемых ими услуг.

Поэтому в сфере услуг принято различать: предоставление доступа в Интернет по коммутируемым или выделенным каналам, в том числе беспроводной доступ в Интернет; выделение дискового пространства для хранения и обеспечения работы сайтов (хостинг); поддержку работы почтовых ящиков или виртуального почтового сервера; размещение оборудования клиента на площадке провайдера; аренду выделенных или виртуальных серверов; резервирование данных и т.д.¹⁴¹

Посредством выполнения своих функций Интернет-провайдеры получают (создают) определенные результаты, пользование которыми должно осуществляться в пределах, установленных соответствующими правовыми нормами, то есть каждый классификационный вид по мере развития нуждается в специальном правовом регулировании. Таким образом, разграничение Интернет-провайдеров в зависимости от осуществляемых ими функций имеет практическое значение для определения субъектов юридической ответственности.¹⁴²

¹⁴¹ Перчаткина С.А., Черемисинова М.Е., Цирин А.М., Цирин М.А., Цомартова Ф.В. Социальные интернет-сети: правовые аспекты. Журнал российского права. 2012. № 5. С. 19-20.

¹⁴² Хатаева М.А. Дифференциация ответственности интернет-провайдеров за нарушение интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности в Интернете. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2010. № 1. С. 106.

По мнению большинства исследователей, провайдер доступа, предоставляющий только техническое подключение к Интернету, не может нести ответственность за передаваемую противоправную информацию в случаях, если он не инициирует ее передачу, не выбирает получателя информации и не влияет на целостность передаваемой информации.¹⁴³

Существует мнение, что хостинг-провайдеры, оказывающие услуги по предоставлению дискового пространства для физического размещения информации на сервере, постоянно находящемся в Интернете, не должны нести ответственность за размещение противоправной информации.¹⁴⁴ Данное правило должно действовать как в случае неуведомления провайдера о содержании размещаемой информации, так и в случаях, если предотвращение использования такой информации с его стороны является технически невозможным.

В иных случаях ответственность должна быть распределена между интернет-провайдерами и пользователями. Поэтому хостинг-провайдеры должны нести солидарную ответственность за размещение незаконной информации на их серверах третьими лицами,

¹⁴³ Nagpal R. *Cyber Crime & Digital Evidence – Indian Perspective*. Asian School of Cyber Laws, 2006. С. 124-125.

Yen A.C. *Third-Party Copyright Liability After Grokster*. Minnesota Law Review. 2006. Vol. 91. № 1. С. 239-240.

¹⁴⁴ Перчаткина С.А., Черемисинова М.Е., Цирин А.М., Цирина М.А., Цомартова Ф.В. *Социальные интернет-сети: правовые аспекты*. Журнал российского права. 2012. № 5. С. 21-22.

арендующими указанное дисковое пространство.

Главной особенностью контент-провайдеров является их направленность не на телекоммуникационную, а на информационную составляющую Интернет-услуг. Контент-провайдеры, выступающие в качестве поставщиков информации, размещаемой на Интернет-ресурсах, а также предоставляющие возможность пользователям размещать ее на доступных для неограниченного круга лиц серверах, должны нести ответственность за правонарушения в Интернете на общих основаниях.¹⁴⁵

В Российской Федерации данный вопрос рассматривался Высшим арбитражным судом Российской Федерации, который сформулировал следующий принцип: Интернет-провайдер не несет ответственности за передаваемую информацию, если не он инициирует ее передачу, выбирает получателя информации, влияет на целостность передаваемой информации, а факт несанкционированного использования им музыкальных произведений путем размещения в интернете должен быть доказан правообладателем (Постановление Президиума ВАС РФ № 10962/08 делу № А40-6440/07-5-68 от 23 декабря 2008 г.).

Отказывая в удовлетворении требования правообладателя о защите исключительных прав на музыкальные произведения, суд первой инстанции признал, что общество «Мастерхост» является оператором связи, оказывающим услуги передачи данных сети связи общего

¹⁴⁵ Там же.

пользования на территории города Москвы, и не может нести ответственность за содержание хранимой и распространяемой абонентом информации.

Суд апелляционной инстанции не согласился с выводами суда первой инстанции и признал общество «Мастерхост», на сервере которого был размещен сайт, использующий указанные охраняемые музыкальные произведения, нарушителем исключительных прав общества «Контент и право». Суд апелляционной инстанции решил, что «Мастерхост» не доказал, что сайт размещен на его сервере третьим лицом, а не им самим. Суд кассационной инстанции согласился с данными выводами.

Однако суды апелляционной и кассационной инстанций не установили, знало ли или могло знать общество «Мастерхост» о незаконном распространении названных произведений, и, следовательно, неправомерно возложили на него бремя доказывания отсутствия факта использования им этих произведений. Факт несанкционированного использования произведений путем доведения до всеобщего сведения, то есть помещение обществом «Мастерхост» произведений в сети Интернет, должен быть доказан правообладателем. Содержащиеся в деле материалы подтверждали, что общество «Мастерхост» является компанией, предоставляющей услуги по размещению интернет-сайтов на своих серверах либо по размещению оборудования абонента на своей площадке.

Общество «Мастерхост» не являлось владельцем IP-адреса, на котором был размещен спорный сайт. Суды необоснованно не установили настоящего владельца сайта.

Суды апелляционной и кассационной инстанций необоснованно отвергли представленные обществом «Мастерхост» договоры, свидетельствующие о том, что им оказывались услуги обществу «МетКом», на сайте которого, возможно, и были размещены упомянутые музыкальные произведения. При названных обстоятельствах, вопреки требованиям ст. 48 действовавшего на тот момент Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», нарушителем авторских прав было признано лицо (общество «Мастерхост»), которое само не осуществляло действий по использованию объектов авторского права.

Решения суда первой инстанции и постановления судов апелляционной и кассационной инстанций были отменены как «нарушающие единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права».

Многие авторы сходятся во мнении, что данное Постановление Президиума ВАС РФ разъяснило многие ставившиеся ранее вопросы и стало системообразующим для последующей практики.¹⁴⁶

В Постановлении Президиума ВАС РФ № 6672/11 от 01 ноября 2011 года указано, что судам следует учитывать степень вовлечения провайдера в процесс передачи, хранения и обработки информации, возможность контролировать и изменять ее содержание, при этом данная правовая позиция распространяется на

¹⁴⁶ Мошкович М. Суд заступился за провайдера. ЭЖ-Юрист. 2009. № 10. С. 17.

привлечение к ответственности владельцев социальных и файлообменных Интернет-ресурсов.

В соответствии с указанным Постановлением при рассмотрении дел об ответственности Интернет-провайдеров судам необходимо проверять:

- получил ли провайдер прибыль от деятельности, связанной с использованием исключительных прав других субъектов, которую осуществляли лица, пользующиеся услугами этого провайдера.

Как отмечает В.О. Калятин, важно учитывать, что в Постановлении речь идет о прибыли провайдера, полученной не от его деятельности как таковой, а именно в связи с нарушением исключительных прав третьих лиц¹⁴⁷. Таким образом, сам факт получения провайдером денег (абонентской платы и т.п.) от нарушителя не означает, что данное условие соблюдено;

- установлены ли ограничения объема размещаемой информации, ее доступности для неопределенного круга пользователей, наличие в пользовательском соглашении обязанности пользователя по соблюдению законодательства Российской Федерации при размещении контента и безусловного права провайдера удалить незаконно

размещенный контент. Наличие в договоре таких условий позволит провайдеру оперативно пресекать нарушения;

- отсутствие технологических условий (программ), способствующих нарушению исключительных прав, а также наличие специальных эффективных программ, позволяющих предупредить, отследить или удалить размещенные контрафактные произведения.

Также в данном Постановлении указывается, что судам следует оценивать действия провайдера по удалению, блокированию спорного контента или доступа нарушителя к сайту при получении извещения правообладателя о факте нарушения исключительных прав, а также в случае иной возможности узнать (в том числе из широкого обсуждения в средствах массовой информации) об использовании его Интернет-ресурса с нарушением исключительных прав других лиц.

При отсутствии со стороны провайдера в течение разумного срока действий по пресечению таких нарушений либо в случае его пассивного поведения, демонстративного и публичного отстранения от содержания контента суд может признать наличие вины провайдера в допущенном правонарушении и привлечь его к ответственности.

Как отмечает В.О. Калятин, Интернет-провайдер не должен подменять собой суд, оценивать правомерность

¹⁴⁷ Калятин В.О. Проблемы определения пределов ответственности интернет-провайдера. Комментарий к постановлению Президиума ВАС РФ от 1 ноября 2011 г. № 6672/11. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. №3. С. 129.

использования результата интеллектуальной деятельности, проводить расследования для выяснения принадлежности права. Поэтому, по мнению указанного автора, необходим определенный алгоритм действия, сводящий поведение Интернет-провайдера к некоторым типовым формам и минимизирующий необходимость проводить оценку фактических и юридических обстоятельств.¹⁴⁸

Положение поисковых систем в некотором роде схоже с положением хостинг-провайдеров.

В 2011 году поисковая система Google удалила из результатов поиска ссылки на 106 пиратских ресурсов, на которых были нелегально размещены копии книг, права на которые принадлежат издательству «Эксмо». Среди ресурсов, которые попали в список «Эксмо»: Bookmir.ru, Fanknig.ru, Kniga-free.ru и такой популярный сайт, как Torrentino.com.

По словам генерального директора «Эксмо» Олега Новикова, Google исключил ссылки после жалобы издательства, оформленной в соответствии с DMCA. Жалоба касалась книг таких авторов, как Дина Рубина, Анна и Сергей Литвиновы, Татьяна Устинова и некоторых других. Сегодня в ответ на запрос «скачать Дина Рубина», поисковик выводит сообщение о жалобе издательства и удалении ссылок. По словам О. Новикова, издатели недавно узнали о существовании такого механизма: «Во время слушаний в

¹⁴⁸ Калятин В.О. Проблемы определения пределов ответственности интернет-провайдера. Комментарий к постановлению Президиума ВАС РФ от 1 ноября 2011 г. № 6672/11. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. №3. С. 130-131.

Общественной палате о проекте поправок в четвертую часть Гражданского кодекса Российской Федерации представители поисковика признали, что такая возможность есть, а так Google ее не рекламирует»¹⁴⁹.

(е) Технические меры защиты ИС в Интернете

Провайдеры, обеспечивающие доступ пользователей в Интернет, предлагают безлимитные высокоскоростные тарифы, приспособленные для быстрого распространения крупных файлов.

В литературе многократно обсуждалось, что разработчики программного обеспечения, в том числе частные лица, выпускают программы для удобного автоматизированного скачивания, всевозможные медиапроигрыватели, конвертеры, грабберы, программы для авторинга и записи дисков, то есть целый комплекс вспомогательных средств.¹⁵⁰

Как и любые технические новшества, они призваны сделать лучше жизнь обычного человека, но ведь могут быть использованы и для более быстрого и надежного распространения нелегального контента.

¹⁴⁹ Болецкая К. Чистка по запросу. Ведомости от 27 апреля 2011 г. [Электронный ресурс] URL: http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/259304/chistka_po_zaprosu#ixzz1KhL27DBp (дата обращения: 24.04.2013).

¹⁵⁰ Иванов И. Скачать кино законно. ЭЖ-Юрист. 2011. № 10. С. 12.

Что же остается предпринять авторам и правообладателям? Один из вариантов – использование технических мер защиты.

Технические средства защиты авторских прав (в кругах специалистов можно чаще встретить такие обозначения DRM – *Digital Rights Management* и TPM – *Technological Protection Measures*) – это программные или аппаратные средства, которые затрудняют создание копий произведений, охраняемых авторским правом. Также существует вариант, когда копию в целом снять возможно, но создание копий отслеживается.

DRM – не всегда только защита от копирования. DRM может позволять ограниченное копирование, предоставлять возможность использования в течение ограниченного срока, возможность воспроизведения только с использованием определенных программ или техники (в данном случае имеются в виду не технические требования, а именно производитель, «бренд»). Под DRM понимаются именно технические средства защиты, то есть только один подвид защиты от копирования наравне с организационными, юридическими и другие мерами.

В целом, к техническим средствам защиты авторского права относятся:

1. Средства, увеличивающие накладные расходы при копировании;
2. Средства, контролирующие распространение копий;

3. Средства, защищающие от несанкционированного доступа.¹⁵¹

DRM упоминается в Договоре по авторскому праву ВОИС 1996 года: ст. 11 закрепляет, что договаривающиеся стороны предусматривают соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технических средств, используемых авторами в связи с осуществлением их прав по ДАП или по Бернской конвенции и ограничивающих действия в отношении их произведений, которые не разрешены авторами или не допускаются законом.

Технические меры часто приводят к тому, что контроль над использованием произведений выходит за рамки прав интеллектуальной собственности и становится средством регулирования доступа к произведениям и силового завоевания все новых клиентов.¹⁵²

На западе появился даже термин «*paracopyright*» – то, что закреплено в законе, но не относится к традиционному авторскому праву, в США термин чаще всего применяется именно в отношении технических мер. Цель паракопирайта – добавить новый «слой» закона, который распространяется за пределы существующего авторского и договорного права. Этот слой направлен на то, чтобы не позволить людям

¹⁵¹ Жарова А.К. Правовая защита интеллектуальной собственности. М.: Юрайт, 2011. С. 306.

¹⁵² Гобиак И. Технические меры защиты произведений и интероперабельность в авторском праве и смежных правах. Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. 2007. №2. С.7-8.

самостоятельно взламывать защиту и способствовать применению авторского права путем отслеживания использований цифровых материалов.

DRM используют многие он-лайн магазины музыки, например, ранее все треки в *iTunes Store* были защищены DRM, а также многие издатели электронных книг для чтения с помощью электронных книг («ридеров»).

И. Керр считает, что законы об охране собственно TPM и DRM необходимы для защиты авторского права от частных лиц, использующих устройства для обхода авторского права, и что существующие законы не мешают массовому незаконному распространению цифровых объектов, которое происходит каждый день.¹⁵³

Долгое время популярностью пользовалась точка зрения, что DRM заменит собой авторское право¹⁵⁴ или, по крайней мере, поможет решить главные проблемы защиты произведений в цифровую эпоху.¹⁵⁵

¹⁵³ Kerr I. Copyright and related rights. To observe and protect? How digital rights management systems threaten privacy and what policy makers should do about it. Intellectual property and Information wealth: Issues and Practices in the Digital Age, Vol. 1. Edited by Peter Yu / Praeger Publishers. 2007. С. 2.

¹⁵⁴ Hugenholtz P. B. Code as Code, or the End of Intellectual Property as We Know It. Maastricht Journal of European and Comparative Law. 1999. Vol. 6. №. 3. С. 308.

¹⁵⁵ Drexel J., Von Lewinski S. The Digitising of Literary and Artistic Works. Electronic Journal of Comparative Law. Vol. 11.3. December 2007. [Электронный ресурс] URL: <http://www.ejcl.org/113/article113-19.pdf> (дата обращения: 20.02.2017).

Ранее представители RIAA утверждали, что установление TPM и DRM на весь музыкальный контент – главный способ расширения возможностей для приобретения музыки для пользователей и укрепления предпринимательских возможностей для индустрии. Но сегодня само техническое сообщество отказывается от такой позиции и признает, что авторское право является более оптимальным институтом охраны. Как отмечает И. Гобиак, техническая мера не должна иметь эффект расширения монополии авторов и других правообладателей, выходящего за рамки предоставленных им законом прав, – установив, к примеру, такую схему сбыта, которая не основывалась бы на правах интеллектуальной собственности.¹⁵⁶

Хотя TPM и DRM призваны воспрепятствовать лишь неправомерному копированию произведений, часто они ограничивают или вовсе не допускают правомерное копирование, поскольку невозможно техническими средствами автоматически отличить «законное» копирование от «незаконного». Подобное ограничение возможностей пользователя вызывает критику таких технических мер защиты как со стороны юристов, так и со стороны пользователей.

¹⁵⁶ Гобиак И. Технические меры защиты произведений и интероперабельность в авторском праве и смежных правах. Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. 2007. №2. С. 8.

(f) Коммерциализация

Как пишет И.М. Рассолов, Интернет обязывает нас переосмыслить с точки зрения теории права способы регулирования отношений в виртуальном пространстве.¹⁵⁷ В условиях глобального информационного пространства механизмы распространения авторских произведений среди потребителей кардинально изменились под воздействием информационно-цифровых технологий.¹⁵⁸

Сегодня стоит не только задача охраны интеллектуальной собственности, но и вопрос продвижения новых способов ее коммерциализации. Многие из уже существующих устарели утратили эффективность. Незаконное копирование и распространение контрафактной продукции приводит к потерям налоговых отчислений в государственные бюджеты.¹⁵⁹

При этом распространение получают новые формы коммерциализации. Например, Amazon уже давно предоставляет возможность аренды книг, а iTunes – аренды фильмов (воспроизводя, по существу, существовавшую раньше практику проката материальных носителей с записями фильмов, аудио или видеоигр).

¹⁵⁷ Рассолов И.М. Право и интернет. М.: Норма, 2009. С. 130.

¹⁵⁸ Караулова Ю. А. Правовое регулирование авторских прав в глобальном информационном пространстве: Сравнительный анализ правоприменительной практики: Автореф. дисс.... Канд. юр. наук. М., 2009. С. 10.

¹⁵⁹ Баландин П. Пираты XXI века. ЭЖ-Юрист. 2008. № 1. [Электронный ресурс] СПС КонсультантПлюс.

После окончания срока аренды файл автоматически удаляется с устройства или доступ к нему становится невозможным.

Другой формат предоставляют сервисы подписки типа *Yandex.Music* и *Bookmate*: для прослушивания или прочтения доступны в неограниченном количестве файлы обширной библиотеки, а подписка предполагает оплату фиксированной суммы.

Такие платформы также помогают продвигать самостоятельную публикацию и небольшие издательства

Например, в течение периода 2014-2016 доля независимых издательств в продажах электронных книг Amazon.com выросла более чем на 15 процентов.¹⁶⁰

Помимо традиционной Интернет-коммерции, коммуникации нового поколения открывают возможности по построению принципиально новых бизнес-моделей и для крупного бизнеса.

Увеличение пропускной способности сетей привели к буму облачных (Saas) сервисов и решений, а также появлению систем распределения вычислительных мощностей (когда вычислительные процессы выполняются одновременно несколькими удаленными машинами).

¹⁶⁰ February 2016 Author Earnings Report: Amazon's Ebook, Print, and Audio Sales [Электронный ресурс] URL: <http://authorearnings.com/report/february-2016-author-earnings-report/> (дата обращения: 20.02.2017).

С развитием телекома связано также появление и *fabless*-моделей аутсорсинга производственных функций. Другим примером использования современных IT-технологий стало открытие в Самарской области производственного подразделения корейской компании *Halla Visteon* – разработчика систем и компонентов кондиционирования. На предприятии установлены компьютеризированные станки, которые получают задания и чертежи деталей непосредственно с сервера, установленного в Южной Корее. На производстве нет ни одного бумажного чертежа, а вся техническая информация передается путем предоставления удаленного доступа к облачному хранилищу.

Конечно, применение таких моделей невозможно без качественной защиты ИС – ведь стороннего производителя ничто не удержит в рамках выделенных ему объемов производства, кроме запрета на использование изобретения, защищенного патентов или ноу-хау.

Полностью раскрывая весь объем информации, необходимой для производства, разработчику остается рассчитывать только на то, что его разработки защищаются достаточно надежно различными средствами права ИС.

Раздел III.

Актуальные вопросы правовой политики в области интеллектуальной собственности

3.01 Антимонопольное регулирование в сфере ИС и его роль в развитии инновационной экономики

Интеллектуальную собственность принято называть «легальной монополией», но это лишь первый и поверхностный взгляд.

В действительности патент не обязательно обеспечит монополию производителя на рынке – ведь кроме запатентованного продукта потребителю могут быть предложены и другие, в том числе запатентованные иными правообладателями. И, в свою очередь, наличие определенной «рыночной власти» вовсе не свидетельствует о монопольном положении правообладателя и его «подчинении» себе других участников.

Поэтому следует отличать «монополию» как эксклюзивную возможность эксплуатации технического решения, использования объекта авторских прав или обозначения от монополии как состояния конкуренции и не стоит делать поспешных выводов об «опасности» патентования или сильной защиты прав на ИС, которые должны повлечь ухудшение состояния конкуренции.

Среди разнообразных антиконкурентных практик существуют такие, которые связаны с использованием ИС и в

этом смысле права ИС могут создавать условия для монополизации рынков.

К таким практикам относят:

- образование патентных пулов и агломераций, аналогичных картельным или олигополическим сговорам;
- установление несправедливых условий лицензирования (с обязательным предоставлением обратных лицензий, несправедливым размером вознаграждений и проч.);
- установление запретов на доступ на рынки новых компаний путем использования запатентованных технических стандартов;
- территориальный раздел рынков и создание искусственно различных условий сбыта продукции за счет наложения запрета на параллельный импорт.

Перечень указанных практик может быть дополнен случаями *злоупотреблением правом*, которые бывают двух видов:

- злоупотребление правом самим правообладателем, который осуществляет свои права с целью

провоцирования нарушений или применения несоразмерных нарушениям последствий;

- злоупотребление путем приобретения прав на объекты ИС с целью создания препятствий для свободного использования каких-либо объектов другими участниками рынка.

Если в первом случае действия правообладателей приводят к ограничению или полному устранению рыночной конкуренции, то в случае с злоупотреблениями они как правило представляют собой недобросовестную конкуренцию.

Разумной мерой по профилактике таких, в общем негативных для общественного развития и инноваций практик со стороны правообладателей, считается применение специальных мер, разработанных в законодательстве о защите конкуренции и в судебной практике.

Сегодня исследователи и практикующие юристы США и Евросоюза, хотя и не пришли к единому мнению относительно того, какие запреты и ограничения должны применяться в случаях нарушения условий конкуренции, сходятся во мнении, что такие меры должны существовать.

В то же время, само по себе конкурентное состояние рынка не является безусловным благом и тоже должно оцениваться в зависимости от конкретной отрасли, вида рынка и состояния экономики.

(а) Инновационный и «неинновационный» рынки: разница в подходах

В работе, подготовленной Фондом «Сколково» было предложено использовать различные подходы для субъектов, производящих инновации и субъектов, использующих инновации.

Учитывая «смешанный» характер отечественной экономики, в которой одни отрасли опережают в своем развитии не только в сравнении с российскими, но и зарубежными, а другие значительно отстают,¹⁶¹ уместно применять именно дифференцированный подход – вопрос только в том, что *юридически* ввести такую дифференциацию может быть сложно, так как с точки зрения права все субъекты гражданского оборота являются равными.

В 2013 г. в одной из работ РВК было предложено ввести и использовать понятие «инновационного рынка», для которого должны существовать собственные правила регулирования конкуренции, но до настоящего времени такая рекомендация еще не реализована.¹⁶²

¹⁶¹ См.: Интеллектуальная собственность и развитие общества: время прагматики. М., 2013. С. 17 // <http://sk.ru/news/b/news/archive/2013/05/22/issledovanie-po-voprosam-intellektualnoy-sobstvennosti-i-innovaciy.aspx>

¹⁶² Оценка преимуществ и недостатков институциональной среды, национальной экономики и правовой системы и подготовка предложений по способам и механизмам совершенствования // РВК, 2016 // http://www.rvc.ru/upload/iblock/f75/institutional_environment.pdf

Для субъектов, производящих инновации (это немало случаев «расколов» и последующих судебных исследовательские предприятия и учреждения, стартапы, вузы и другие инновационные компании), сильная защита интеллектуальной собственности, монополизация сегмента рынка является стимулирующим фактором, позволяющим получать высокую интеллектуальную ренту, оправдывающую значительные расходы на НИОКР и риски, связанные с продвижением на рынки новой продукции.

В современных условиях и России, и ЕС производством инноваций занимаются как правило небольшие команды и небольшие компании, либо подразделения крупных компаний (в меньшей степени).

Нередко такие компании страдают в первую очередь от внутренней конкуренции – когда выходцы из команды и бывшие партнеры, воспользовавшись знаниями и опытом, создают собственное дело с конкурирующим продуктом. В условиях еще и так небольшого рынка для предлагаемого новшества такая конкуренция почти всегда является недобросовестной (потому что новое предприятие фактически использует бесплатно наработки предыдущего) и вредной, так как рыночных ресурсов оказывается недостаточно, чтобы обеспечить существование команд, агрессивно борющихся за небольшое количество потребителей-энтузиастов.

Поэтому вопрос защиты от «собственных разработчиков» всегда является одним из первых для стартапов и научных команд, а рыночная практика знает

немало случаев «расколов» и последующих судебных разбирательств.

Другим риском, угрожающим производителю инноваций, является заимствование результатов большим корпоративным партнером: как в результате развития деловых отношений, когда стартап переживает недружественное поглощение или перенаем кадров, так и в результате независимой исследовательской деятельности, когда крупная корпорация «подхватывает» идею, опубликованную стартапом.

В обеих ситуациях только сильная защита ИС способна обезопасить компанию от разорения, которое станет неизбежным, если результаты разработок будут свободно использоваться конкурентами, и в этом плане монополизация рынка не вредит ни производителям, ни потребителям, для которых большей ценностью является скорейшее получение готового и пригодного к работе продукта, нежели разнообразие и цены.

Наоборот, наличие свободного доступа к результатам инновационной деятельности, не предполагающего возможности получения адекватного вознаграждения, фактически означает «наказание за инновации».¹⁶³

Напротив, для рынка пользователей инноваций, который сегодня представлен в основном крупными игроками и

¹⁶³ См.: Интеллектуальная собственность и развитие общества: время прагматики. М., 2013. С. 32 // <http://sk.ru/news/b/news/archive/2013/05/22/issledovanie-po-voprosam-intellektualnoy-sobstvennosti-i-innovaciy.aspx>

международными холдингами, которые скупают инновации, монополизация является неблагоприятным фактором и здесь приоритет должен принадлежать конкурентной политике.

В этих отношениях ИС перестает быть фактором защиты инвестиций и «безопасной гаванью» и становится средством конкурентной борьбы в целях установления и поддержания монопольного положения.

Так, например, в Руководстве по надлежащей практике улучшения доступа к лечению путем применения гибких положений Соглашения ТРИПС ВТО в области общественного здравоохранения¹⁶⁴ сообщается о том, что крупнейшие международные фармацевтические холдинги, на долю которых приходится значительное число патентов и товарных знаков в США, Евросоюзе, в системах международных регистраций, только декларируют необходимость защиты ИС в целях оправдания расходов на научные исследования, а в действительности расходы на НИОКР в таких компаниях в среднем ниже расходов на маркетинг и продвижение.

При этом отмечается, что количество патентов на новые лекарственные препараты невелико и постоянно уменьшается, а исчисляемые тысячами патенты на фармацевтическую продукцию выдаются зачастую на слегка видоизмененные варианты уже существующих препаратов.¹⁶⁵

¹⁶⁴ <http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/poverty-reduction/good-practice-guide-improving-access-to-treatment-by-utilizing-public-health-flexibilities-in-the-wto-trips-agreement.html>

¹⁶⁵ Руководстве по надлежащей практике улучшения доступа к лечению путем применения гибких положений Соглашения ТРИПС ВТО в области общественного здравоохранения. С. 11. В данном источнике также

Справедливы также «обвинения» фармацевтических гигантов в том, что их исследовательская деятельность концентрируется на разработке препаратов для платежеспособных рынков и, соответственно, повышающих качество жизни и получаемого от нее удовольствия, а также средствах омоложения, а не на решении жизненно важных проблем и создании социально значимых препаратов.

В пример также приводят Индию. Считается, что намерено ослабленная защита ИС привела к бурному росту индийской фармацевтической промышленности и появлению доступных препаратов-аналогов.

Большие корпорации уже не являются участниками инновационного процесса, а только замыкают его на себя, приобретая команды, патентные портфолио и бизнесы конкурентов.

На этом примере можно подтвердить, что сильная защита ИС, которая предоставляет возможности затруднить конкуренцию, невыгодна потребителю, так участники рынка выбирают стратегию на удержание рыночной позиции за счет консервации условий, а не путем борьбы за «лучшее предложение».

Как мы проиллюстрировали выше, интеллектуальная собственность не является сама по себе фактором, приводящим к монополизации рынков – так же, как и в отношении других рыночных явлений, она представляет собой средство, которое применяется уполномоченными субъектами

цитируется ряд международных исследований, подтверждающих приведенные тезисы.

для использования тех или иных благоприятных экономических субъектов состава рынка, оценки количества спроса и факторов. предложения и других факторов.

Монополизация или консолидация рынка может быть обусловлена множеством факторов, причин – и защита ИС сама по себе в ряду таких причин не стоит. Сами по себе меры по защите ИС не признаются драйверами экономического развития или, наоборот, сдерживающими факторами – мировая практика знает случаи и прямого, и обратного влияния.¹⁶⁶

Поэтому любые дискуссии и обсуждения проблем стыков и пересечений права интеллектуальной собственности и антитраста¹⁶⁷ должны начинаться с исследований рынка и определения методологии.

Методы оценки рисков с целью определения состояния конкуренции разрабатываются экономической теорией и сегодня выходят далеко за пределы традиционного для российской практики понятия «доля рынка».

Современные динамические методы требуют отхода от формализованного подхода в определении границ рынка,

¹⁶⁶ См.: Интеллектуальная собственность и развитие общества: время прагматики. М., 2013 //

<http://sk.ru/news/b/news/archive/2013/05/22/issledovanie-po-voprosam-intellektualnoy-sobstvennosti-i-innovaciy.aspx>

¹⁶⁷ Под «антитрастом» принято понимать комплекс мер, предусмотренных действующим законодательством, направленных на защиту конкуренции и недопущение недобросовестной конкуренции.

Приходится констатировать, что отечественные авторы и правоприменители пока только приближаются к использованию новой методологии и пока не было предложено каких-то однозначных показателей, которые можно было бы положить в основу уже правового регулирования.

Вместо этого сегодня российское законодательство не предлагает системного подхода в отношении угрозы монополизации рынков с использованием прав ИС, вместо этого предлагая ряд мер, направленных на урегулирование отдельных ситуаций, рассчитанных на применение *ad hoc*.

Например, Федеральная антимонопольная служба России в ее современном виде не должна осуществлять мониторинг рынков и отраслей, в которых ИС играет значительную роль, не имеет средств предотвращения «искусственной монополизации» сегментов рынка за счет использования средств ИС. Вместо этого, ФАС России может рассматривать конкретные дела, например, связанные с приобретением прав на товарный знак, который используется правообладателем для недобросовестной конкуренции.

В середине и второй половине 2000-х годов в России отмечались значительные проблемы на рынке кондитерских изделий – предприятия – «наследники» советских шоколадных фабрик приватизировали обозначения популярных изделий в качестве своих товарных знаков, которые регистрировались целыми сериями, и затем использовались для выдавливания конкурентов, в том числе и с задействованием силовых структур (так как ответственность за незаконное использование

товарного знака предусмотрена не только Гражданским, но и практик, но позволяет в целях совершенствования Уголовным кодексом РФ, это давало формальный повод производства, стимулирования технического и экономического привлечения следственных органов и принятия ими прогресса осуществлять практики, запрещаемые в обычных принудительных мер для сбора доказательств и блокировки условиях.¹⁶⁹ деятельности конкурентов).

Независимые производители, столкнувшиеся с таким давлением, были вынуждены решать свои проблемы «по оговорке кроме специальных положений в отношении одиночке», при этом ни один из государственных органов не вмешивался в ситуацию – в том числе и Роспатент, продолжавший выдавать свидетельства на новые товарные знаки и одновременно рассматривающий споры о признании предоставления такой правовой охраны недействительной.

Разрешение ситуации произошло на уровне судебной практики, но вопрос вряд ли можно считать решенным и на сегодняшний день.¹⁶⁸

(b) Законодательство о защите конкуренции и интеллектуальная собственность

Современное состояние антимонопольного законодательства России характеризуется следующим.

Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» не содержит каких-либо специальных положений, относящихся к *инновационным* рынкам и отраслям экономики, не учитывает специфику рынков новых товаров и новых

¹⁶⁸ См., например, <https://www.eg-online.ru/article/280249/>

В отношении использования объектов интеллектуальной собственности не действует каких-либо общих исключений и отдельных норм, запрещающих:

- злоупотребление доминирующим положением (п. 4 ст. 10 Закона) – такими злоупотреблениями не признаются действия по осуществлению интеллектуальных прав, и
- ограничивающие конкуренцию соглашения (п. 9 ст. 11 Закона) – соглашения о предоставлении или об отчуждении прав использования РИД и средств индивидуализации не могут быть признаны таковыми.

Фактически указанные «исключения» выводят из-под юрисдикции антимонопольного органа и сюда любые действия с объектами ИС – будь то совершение сделок, предъявление исков и требований или иные меры по «осуществлению» своего права. Из перечисленных нами выше антиконкурентных практик сюда не относятся только действия по приобретению прав путем регистрации, а остальные практики оказываются не запрещенными законом.

¹⁶⁹ Оценка преимуществ и недостатков институциональной среды, национальной экономики и правовой системы и подготовка предложений по способам и механизмам совершенствования // РВК, 2016 http://www.rvc.ru/upload/iblock/f75/institutional_environment.pdf

Свобода распоряжения интеллектуальными правами ограничивается также нормой ст. 1239, 1362, 1423 ГК РФ о принудительных лицензиях – до настоящего времени ничего не известно о практике их применения (хотя некоторые нормы уже претерпели изменения), подразумевается, что эти нормы предназначены не для регулирования отношений между национальными субъектами, а призваны обеспечить национальные интересы Российской Федерации при «принудительном импорте» лекарственных препаратов и семян растений.

Федеральный закон «О защите конкуренции» запрещает недобросовестную конкуренцию, если она связана с приобретением и использованием средств индивидуализации (ст. 14.5 Закона), фирменных наименований и коммерческих обозначений, наименований мест происхождения товаров, копированием фирменной одежды (ст. 14.6 Закона), ноу-хау (ст. 14.7 Закона).

Первая группа практик относится к недобросовестному использованию объектов ИС и предусматривает ситуации, при которых заявитель воспользовавшись ошибкой лица, вводящего обозначение в оборот, регистрирует его на свое имя – так называемый, сквоттинг (*squatting*).

Остальные «запрещенные практики» относятся только к случаям *незаконного использования*, то есть фактически предлагают дополнительные меры ответственности и последствия нарушения интеллектуальных прав, то есть не относятся к деятельности правообладателей.

Характерно, что права ИС используются интенсивнее участниками тех рынков, где острее конкуренция и существует тренд на консолидацию.

Можно отметить, что в некоторых ситуациях эта консолидация осуществляется за счет механизмов ИС.

Если рынок уже монополизирован и свободной конкуренции нет, монополист не отказывается от защиты ИС, но использует ее больше как имиджевый фактор, либо фактор международной экспансии или дополнительной страховки «на будущее».

Так, наибольшая активность патентования и регистраций товарных знаков наблюдается в пищевой промышленности, в фармацевтике, в отношении печатной продукции, индустрии развлечений и бытовых товаров. Это наиболее развитые рынки, на которых хотя и присутствуют крупные компании и холдинги, еще сохраняют достаточно конкурентные условия.

При этом основные патентные споры касаются фармацевтической продукции и борьбы за право производить и предлагать к продаже конкретные препараты – чаще всего возникают споры о действительности патентов, нежели об их несанкционированном использовании.

В отношении объектов авторского права значительная часть споров относится к незаконному использованию персонажей произведений (их же изображения как правило регистрируются в качестве товарных знаков), тиражированию печатных произведений и незаконному распространению музыкальных произведений.

Характерно, что суды, рассматривающие споры с требованиями о взыскании компенсаций, придерживаются весьма умеренных или консервативных взглядов и как правило существенно снижают размеры требуемых истцом сумм.

Это, с одной стороны, пугает нарушителей от существенных потерь (а ведь компенсация за нарушение прав с предпринимателя взыскивается и в отсутствие вины), но с другой стороны, вынуждает правообладателей прибегать к сериям исков, что заваливает суды однотипными делами с компенсациями в среднем 20-100 тыс. руб. за каждый случай нарушения.

Данная практика была поддержана Конституционным судом РФ, который подтвердил возможность взыскания компенсации в исключительных случаях – ниже установленных ГК РФ минимальных размеров.¹⁷⁰

Нет доказательств, что такая практика оказывает существенное влияние на ситуацию – количество нарушений и количество подобных дел не сокращаются (при этом неизвестно, сколько споров урегулируется без обращений в суды).

Понятно, что предприниматель, имеющий намерение оказать реальное давление на конкурента, будет использовать только самые эффективные и доступные ему средства, опираясь на опыт коллег и прецеденты.

Наиболее эффективным и действенным средством является взыскание убытков или предусмотренной законом компенсации (*statutory damages*) – мгновенный удар по нарушителю, который кроме имущественного урона конкуренту приносит и значимый доход правообладателю. Многие «громкие» дела известны как раз благодаря большим размерам взысканных сумм.

Если существует возможность наказать конкурента существенной денежной компенсацией за использование товарного знака или задействовать по этому основанию правоохранительные органы для создания препятствий – будет расти и спрос на регистрации, и количество дел. Будут появляться и другие антиконкурентные практики.

Но если в России неизвестны значимые прецеденты взыскания крупных компенсаций или убытков (до вступления в силу ст. 1406.1 ГК РФ) за нарушение патентов, а большинство дел по подобного рода спорам оканчивается запретом на использование патента, значит и заявительная активность обусловлена другими факторами, не связанными со стремлением монополизировать рынки.

«Излишне суровые» меры ответственности за нарушение интеллектуальных прав, как показывает практика, могут компенсироваться усмотрением суда в конкретном деле, который вправе даже полностью отказать в удовлетворении иска, если придет к выводу, что правообладатель злоупотребляет своими правами, ссылаясь на формальное

¹⁷⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13.12.2016 по делу о проверке конституционности статей 1301, 1311 и пункта 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации

наличие нарушения, но такое нарушение не причинило ему сколь-нибудь значимых потерь.¹⁷¹

Известны прецеденты применения значительных оборотных административных штрафов за нарушение требований законодательства о защите конкуренции, предусмотренные Кодексом РФ об административных правонарушениях, но они либо не относятся к ситуациям, связанным с легальным осуществлением прав ИС, либо представляют собой случаи привлечения к дополнительной ответственности за нарушение интеллектуальных прав и свидетельствуют не о «сдержках и противовесах», которые антимонопольное законодательство готово предложить праву ИС, а наоборот о своеобразном усилении и без того мощных механизмов ответственности, имеющих в законодательстве об ИС.

Напротив, сильная судебная защита прав изобретателей в США сделала патентование одним из средств монополизации и породила разнообразие практик и тактик, используемых правообладателями.

Представление о ценности патента сформировалось еще в XIX веке и поддерживается современными громкими процессами, хотя наиболее крупные рекордные компенсации взыскиваются за нарушения авторских прав и ноу-хау.

¹⁷¹ См., например, Вознесенский Н., Гнусина Ю. Возможно ли ограничение распоряжения результатами интеллектуальной деятельности нормами антимонопольного права? // Корпоративный юрист, 2012. № 6.

Так, в США возникли и распространились практики образования патентных пулов, патентования технических стандартов и патентного троллинга.

В США сложилась и развивается доктрина «первой продажи» как ответ на тактику правообладателей по территориальному разделу рынков и использование прав ИС для запрета так называемого «параллельного импорта». Исследователи отмечают, что США в этом вопросе часто следовали двойным стандартам, навязывая другим юрисдикциям применение национального принципа исчерпания прав вместо международного (универсального), принятого в США.

В Евросоюзе антитраст как правовое движение складывается в основном под влиянием американских практик, которые переносятся международными корпорациями в Европу.

Одно из первых рассмотренных дел – дело *Microsoft* – заложило основы подхода, который затем нашел воплощение в законодательстве Евросоюза.

Некоторые юрисдикции в целях недопущения монополизации наиболее важных экономических сфер ограничивают законодательно возможности патентования, например фармацевтических средств, технологических

процессов производства лекарственных средств и способов как будто бы законодатель намеренно не стал разрешать этого лечения.¹⁷² вопроса однозначно, отчасти – неустойчивой судебной практикой, которая до сих пор меняется не только от одного суда к другому, от одной инстанции к другой, но даже и у разных судей в одном суде.

(с) К проблеме параллельного импорта

Для России проблематика монополизации рынков при помощи прав ИС остается в основном теоретической, если речь идет о борьбе отечественных правообладателей – пока слишком мало прецедентов и совсем небольшие суммы, чтобы заинтересовать крупных игроков.

С точки зрения позиционирования в отношении иностранных правообладателей, наиболее острой является проблема параллельного импорта.

Тема параллельного импорта в отечественной литературе не обойдена вниманием и, наверное, является одной из наиболее благоприятных для возникновения самых жарких баталий.

Отчасти это обусловлено неточностями формулировок ст. 1484 и 1487 Гражданского кодекса Российской Федерации,

¹⁷² Так, на сегодняшний день насчитывается более 50 стран-участниц ВТО, которые запретили такое патентование – см. Руководстве по надлежащей практике улучшения доступа к лечению путем применения гибких положений Соглашения ТРИПС ВТО в области общественного здравоохранения.

Считается, что недостаточно выраженный в ГК РФ принцип исчерпания прав должны исправить Соглашение о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности на территории Таможенного союза (2009 г.) и Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности (2014 г.), закрепляющие региональный принцип исчерпания прав и имеющие прямое действие на территории Российской Федерации.

Мы полагаем, что не должны вмешиваться в эту дискуссию, предлагая еще одну точку зрения в дополнение к уже обозначенным, равно как и занимать одну из существующих позиций, но должны указать на международный контекст, в котором это явление существует.

Поводом и основанием для принятия протекционистских мер на уровне государства, как показывает практика, может послужить что угодно, а поводом для ограничений импорта продукции (собственной, контрафактной или продукции конкурента) является использование интеллектуальных прав.

Для блокировки параллельного импорта используют:

- средства индивидуализации, зарегистрированные в стране импорта (закон охраняет исключительное право

правообладателя на ввоз, хранение и ввод в оборот позволяет получить больше источников прибыли и лучше товаров, маркированных зарегистрированным контролировать возможные нарушения его прав. обозначением);

- патентные права (ввоз на территорию, хранение, ввод в оборот признаются использованием изобретения, полезной модели, промышленного образца);
- договорные ограничения (запрет импортеру приобретать товары у других производителей и поставщиков, в том числе, например, по договорам франшизы).

Функцию административного барьера выполняют органы таможенных служб, которые обладают правом задерживать импортируемые товары до получения санкции правообладателя.

В действительности, в цивилизованных западных странах вопрос запрета или допущения параллельного импорта уже разрешен в пользу сторонников теории первой продажи.

Возникшая в судебной доктрине США, эта теория обосновала, что интерес правообладателя должен исчерпываться возможностью предложения своего товара на рынке первому покупателю и не должен простираться далее, вмешиваясь в свободное обращение такого товара с участием других субъектов.

Понятно стремление правообладателя контролировать дальнейшие транзакции со своим продуктом, так как это

Известно, что некоторые правообладатели намеренно придерживаются такой лицензионной политики, которая позволит обойти норму об исчерпании прав – предлагая вместо продажи товара предоставление лицензий или «присоединяя» такие лицензии к продаваемой продукции, вводя договорные ограничения на распространение продукции и т.д. Такие практики признаются монополистическими, а в некоторых случаях – и злоупотреблениями.

В то же время, не поддерживается и не считается уместной такая практика правообладателя, когда он искусственно создает различные условия обращения своих товаров на разных территориях, используя экономическую ситуацию, рыночную конъюнктуру и другие факторы, чтобы извлечь максимум прибыли. Считается, что это ограничивает доступ потребителей к лучшим условиям покупки продукции.

Но мало кто из авторов обращает внимание на то, что проблема параллельного импорта не исчерпывается антиконкурентной практикой международных корпораций или целых юрисдикций, а включает также и проблему поддержки местного предпринимателя – импортера.

Возможность легального осуществления параллельного импорта разрушает бизнес местного импортера, который предпринимает усилия по продвижению марки и товара своего иностранного партнера на территории страны, несет расходы, создает рабочие места (в том числе, во исполнение своих обязательств по локализации производства), осуществляет сертификацию и регистрацию, отвечает за качество и

исполняет гарантийные обязательства (нередко, и в отношении параллельно импортированных товаров). Эти инвестиции не будут оправданы, если созданной инфраструктурой сможет воспользоваться любой «участник внешнеэкономической деятельности».

Современной тенденцией можно считать отказ от национального принципа исчерпания прав в пользу международного или регионального.

Данная тенденция была начата так называемыми «развивающимися» странами в борьбе за доступ к жизненно-важным и дорогостоящим фармпрепаратам и их дженерикам – последовательно ЮАР, Индия, Бразилия и некоторые другие государства сделали соответствующие заявления и приняли изменения в национальное законодательство, разрешающие местное производство дженерика и импорт дженериков, а также стимулировали принятие Дохийской декларации о Соглашении ТРИПС и общественном здравоохранении 2001 г.

Сегодня соответствующие практики стали рекомендоваться на уровне ООН, которая предлагает странам использовать гибкие положения ТРИПС и отмечает, что благодаря грамотной политике стран-участниц ВТО «стоимость антиретровирусных препаратов первого поколения, когда то превышавшая десять тысяч долларов США, в настоящее время может составлять всего 67 долларов на человека».¹⁷³

¹⁷³ Руководство по надлежащей практике улучшения доступа к лечению путем применения гибких положений Соглашения ТРИПС ВТО в области общественного здравоохранения. С. 4 //

Конечно, не стоит абсолютизировать цифры – они могут быть обусловлены не только появлением дженериков, но и моральным старением препаратов при появлении следующих поколений, и маркетинговой политикой фирм-производителей, продвигающих свою более дорогую продукцию с использованием недорогого «базового» ряда.

(d) Реальна ли проблема антитраста?

В завершение настоящей главы следует отметить, что практически никогда в истории США и стран Евросоюза, одних из немногих юрисдикций, которые в действительности переживали и переживают монополизацию рынков посредством ИС, правоприменители не сталкивались с невозможностью ограничить интеллектуальные права в пользу общественного интереса.

Не было в описанных в литературе и других источниках прецедентов, когда суд или государственный орган «замирали» перед «священной» интеллектуальной собственностью, не имея возможности преодолеть ее абсолютный характер.

В этом плане право интеллектуальной собственности, которое возникло как административная привилегия, оставалось и остается административным институтом, подверженным изменениям и приспособлениям, а политика в

<http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/poverty-reduction/good-practice-guide-improving-access-to-treatment-by-utilizing-public-health-flexibilities-in-the-wto-trips-agreement.html>

области интеллектуальной собственности представляла собой одно из направлений государственной экономической политики, наряду с промышленной и конкурентной политикой.¹⁷⁴

Поэтому применение антимонопольных мер в сфере использования интеллектуальных прав не должно рассматриваться как «покушение» на незыблемые устои гражданского общества, будучи инструментом юридической техники, призванным балансировать возможные злоупотребления в применении других правовых инструментов.

То, что в сфере интеллектуальной собственности, относящейся к частному праву, применяются также и публично-правовые механизмы, не противоречит правовой природе ни первого, ни второго.

Само деление на право частное и публичное для современного законодательства РФ носит условный характер, кроме того в сфере интеллектуальной собственности императивный метод всегда применялся широко – и в вопросах возникновения, и осуществления прав.

В качестве вывода и прогноза тенденций, которые ждут право Российской Федерации в связи с развитием институтов права ИС и антитраста можно отметить, что значимость этого вопроса действительно обозначена пока только для параллельного импорта, а решение его всегда основывается не на юридических, а на политических и экономических соображениях.

Пока в России ни патентное право, ни авторское право не предоставляют своим правообладателям достаточно возможностей по организации активного давления на конкурентов и вытеснения рынка, для нашей практики применение антимонопольных норм в отношении владельцев исключительных прав будет носить эпизодический характер и, как показывает практика, сопряжено с достаточно существенными трудностями методологического характера.

¹⁷⁴ См.: Интеллектуальная собственность и развитие общества: время прагматики. М., 2013 // <http://sk.ru/news/b/news/archive/2013/05/22/issledovanie-po-voprosam-intellektualnoy-sobstvennosti-i-innovaciy.aspx>

3.02 Современные подходы к совершенствованию коллективного управления авторскими и смежными правами

Проблема несовершенства коллективного управления авторскими и смежными правами (далее – «коллективное управление авторскими правами») приобретает особенную актуальность в связи с широко освещенными в прессе скандалами, вызванными злоупотреблениями со стороны Российского авторского общества.

В российской действительности организация, призванная представлять и защищать интересы правообладателей, превратилась в механизм обогащения руководящего аппарата РАО, основанный на недостаточном правовом регулировании коллективного управления авторскими правами. Апофеозом ситуации стало предъявление генеральному директору РАО обвинения по ч. 4 ст. 159 УК РФ (мошенничество в особо крупном размере) за присвоение 500 млн рублей.¹⁷⁵

По предварительным выводам независимого аудитора компании *ФБК Grant Thornton* в 2016 г. на счета РАО поступило 4,7 млрд рублей, из них 1,6 млрд рублей общество потратило

на себя. При этом в 75% проверенных аудиторами платежей выявлены «признаки фиктивности».¹⁷⁶

Организации по коллективному управлению авторскими и смежными правами (далее – «ОКУП») неоднократно критиковались за возможность бездоговорного управления правами, отсутствие конкуренции, транспарентности, коррупцию, недостаточность отчислений авторам, отсутствие у правообладателей возможности осуществления контроля за деятельностью аккредитованных организаций.¹⁷⁷

В этой связи государственными структурами (Минкомсвязи, Минэкономразвития, Роспатент), ОКУП (РАО, РСП, ВОИС), а также юристами, специализирующимися на интеллектуальных правах, высказываются предложения, идеи по преодолению указанных проблем, в том числе на уровне законодательных инициатив.

Вместе с тем до настоящего времени не выработано единого мнения относительно подходов по изменению

¹⁷⁵ Журнал «Коммерсантъ Деньги» №27 от 11.07.2016. С. 23.

¹⁷⁶ «Из Российского авторского общества вывели сотни миллионов рублей Такого предварительное заключение аудита о деятельности бывшего топ-менеджмента» // Ведомости от 08 февраля 2017 года. // URL: <http://www.vedomosti.ru/technology/articles/2017/02/08/676720-rossiiskogo-avtorskogo-obschestva>. (Дата обращения 22.02.2017).

¹⁷⁷ Реформа коллективного управления правами. «Эж-ЮРИСТ» №34 (936) 2016. URL: <https://www.eg-online.ru/article/322774/> Дата обращения: 22.02.2017, «Игорь Шувалов поручил создать новую модель коллективного управления правами. На ее создание Минэкономразвития отвели три месяца» // Ведомости 08 июля 2016 г. URL: <http://www.vedomosti.ru/technology/articles/2016/07/08/648564-shuvalov-poruchil-sozdat>. (Дата обращения 22.02.2017).

института коллективного управления авторскими правами, как и не установлен единый курс по внесению изменений в законодательные акты.

Анализируя предложения по реформированию коллективного управления в Российской Федерации, а также зарубежный опыт, предлагаем рассмотреть и критически оценить современные подходы к совершенствованию коллективного управления авторскими и смежными правами.

(a) Бездоговорное коллективное управление авторскими правами

Возможность бездоговорного коллективного управления авторскими правами предусмотрена пунктом 3 статьи 1244 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которому организация по управлению правами на коллективной основе, получившая государственную аккредитацию (аккредитованная организация), вправе наряду с управлением правами тех правообладателей, с которыми она заключила договоры в порядке, предусмотренном пунктом 3 статьи 1242 ГК РФ, осуществлять управление правами и сбор вознаграждения для тех правообладателей, с которыми у нее такие договоры не заключены.

(i) Критика бездоговорного коллективного управления авторскими правами в связи с присоединением России к ВТО

Проблема бездоговорного коллективного управления авторскими правами стала активно обсуждаться в связи с присоединением России к Всемирной торговой организации (ВТО).

В параграфе 1218 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации от 16 ноября 2011 года (далее – «Доклад») представитель России заявил, что Российская Федерация пересмотрит свою систему коллективного управления правами, чтобы отменить недоговорное управление правами в течение пяти лет после вступления в силу части четвертой ГК РФ.

Вместе с тем, соответствующие изменения до сих пор не внесены в ГК РФ, и реальных предпосылок в сторону их внесения не предвидится.

Непосредственное применение параграфа 1218 Доклада и конституционность пункта 3 статьи 1244 ГК РФ стали предметом рассмотрения Конституционного суда Российской Федерации. В Определении от 06.11.2014 № 2531-О Конституционный суд указал, что Протокол о присоединении Российской Федерации к Соглашению ВТО является составной частью ее правовой системы и в то же время служит правовым основанием включения самого Соглашения ВТО в правовую систему России. В соответствии с параграфом 1450 Доклада к числу обязательств Российской Федерации, включенных в

пункт 2 Протокола, относится обязательство, предусмотренное параграфом 1218 Доклада. В то же время КС РФ отметил, что решение вопроса о возможности непосредственного применения параграфа 1218 Доклада не входит в полномочия Конституционного Суда Российской Федерации, равно как и проверка соответствия действующих в Российской Федерации законов международно-правовым актам.

Проблема исполнения обязательств согласно Докладу была освещена и Судом по интеллектуальным правам при рассмотрении иска о признании незаконным бездействия Минэкономразвития, выразившегося в неисполнении международного обязательства Российской Федерации, закрепленного в параграфах 1218, 1450 Доклада. В Постановлении от 18.11.2015 № С01-881/2015 по делу № А40-170870/2014 Суд по интеллектуальным правам пришел к выводу, что параграфы 1218 и 1450 Доклада предусматривают не автоматическую отмену положений части четвертой ГК РФ о бездоговорном управлении правами по истечении пяти лет после его принятия, а возникновение международного обязательства Российской Федерации по пересмотру (изменению) своего внутреннего законодательства. Таким образом, отмечает суд, положения Соглашения ВТО, изложенные в параграфе 1218 Доклада представляют собой обязательство Российской Федерации по изменению внутреннего законодательства и не могут применяться непосредственно без внесения соответствующих изменений во внутреннее законодательство, которое и регулирует спорные правоотношения.

На заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам, состоявшемся 31.11.2014,

председатель СИП Л.А. Новоселова указала, что «никаких обязательств по внесению изменений в законодательство Россия не принимала. Мы пообещали только рассмотреть эти положения, рассмотрели и пришли к выводу, что их менять не надо. Потому никаких сомнений относительно принятия к рассмотрению таких дел [по бездоговорной системе управления правами] быть не может».¹⁷⁸

Позицию об отсутствии у России обязательств отменить систему бездоговорного коллективного управления авторскими правами и поддержку такой системы высказали также ректор РГАИС И.А. Блинец, замдиректора нормативно-правового департамента Министерства культуры Ксения Мирясова, заместитель гендиректора ВОИС Эрик Вальдес-Мартинес.¹⁷⁹

Исключительно за договорное управление на заседании НКС СИП выступили руководитель практики интеллектуальной собственности и товарных знаков «Пепеляев Групп» Валентина Орлова и профессор юридического факультета МГУ И.А. Зенин.

Практикующими юристами также высказывается мнение, что если правообладатель не обращается в какую-либо организацию для защиты своих прав, это говорит о том,

¹⁷⁸ Бездоговорная защита останется в судебной практике // Право.ру от 1 декабря 2014 года. // URL: https://pravo.ru/company_news/view/136862/?cl=NC. (Дата обращения: 22.02.2017).

¹⁷⁹ Бездоговорная защита останется в судебной практике // Право.ру от 1 декабря 2014 года. // URL: https://pravo.ru/company_news/view/136862/?cl=NC. (Дата обращения: 22.02.2017).

что у него нет намерения получить какое-либо вознаграждение от использования третьим лицом результата его интеллектуальной деятельности, а также их защищать, в этой связи бездоговорное управление является неверной конструкцией в сфере защиты авторских прав.¹⁸⁰

В пояснительной записке к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования механизма коллективного управления авторскими и смежными правами», подготовленному Минкомсвязью России, указывается, что существенный недостаток внедоговорного коллективного управления кроется в игнорировании воли правообладателя, что абсолютно недопустимо для правовой системы, широко использующей для целей гражданско-правового регулирования принцип осуществления прав своей волей и в своем интересе (статья 1 ГК РФ).¹⁸¹

(ii) Обоснование допустимости бездоговорного коллективного управления авторскими правами

Вместе с тем авторы настоящих Методических рекомендаций считают, что само по себе бездоговорное

¹⁸⁰ Реформа коллективного управления правами // «эж-ЮРИСТ» №34 (936) 2016. // URL: <https://www.eg-online.ru/article/322774/>. (Дата обращения: 22.02.2017).

¹⁸¹ Документ может быть бесплатно заказан на сайте портала Гарант.ру по адресу: <http://base.garant.ru/56644962/>. (Дата обращения: 22.02.2017).

коллективное управление авторскими правами является допустимым и не противоречит нормативно-правовым актам Российской Федерации и международным договорам с участием России. Более того, отмена бездоговорного управления приведет к ущемлению прав правообладателей и интересов пользователей.

Необходимо принять во внимание, что бездоговорное управление сводится к управлению правами на обнародованные музыкальные произведения, к получению вознаграждения по праву следования и вознаграждения в случаях, когда согласие правообладателя на использование в принципе не требуется.

Возможность использования произведения без согласия правообладателя установлена законом (статьи 1245, 1326 ГК РФ). В этом случае правообладатель в принципе не может запретить использование своего произведения, но имеет право на получение вознаграждения за такое использование.

Отметим, что коллективное управление осуществляется только в отношении определенных способов использования РИД, наиболее распространенных – не охватывает, например, такие правомочия, как переработка и включение в сборники, что не лишает правообладателей и авторов возможностей по самостоятельной защите своих прав и, таким образом, ОКУП не подменяет и не заслоняет собой личность правообладателя в отношении пользователей и третьих лиц.

Пунктом 3 статьи 1 ГК РФ установлен принцип добросовестного поведения участников гражданских правоотношений. Очевидно, что добросовестный пользователь должен уплатить вознаграждение за использование

произведения в силу закона. Однако уплата пользователем вознаграждения непосредственно правообладателю не всегда может быть возможной, т.к. контактная информация о правообладателе зачастую недоступна широкой публике, либо потребовать от пользователя значительных усилий, не оправданных ценностью самого использования произведения. В этой связи возможность только договорного использования может способствовать недобросовестному поведению пользователей, либо неиспользованию произведения в принципе. Равным образом, в силу территориальных и временных причин и самому правообладателю не представляется возможным потребовать у каждого пользователя вознаграждение. Соответственно, когда ОКУП собирает вознаграждения, ущемления прав правообладателей и пользователей не происходит, поскольку пользователь уплачивает, а правообладатель получает вознаграждение на основании закона. Кроме того, такой порядок способствует устойчивости гражданского оборота, стимулирует добросовестное поведение и коммерциализацию результатов интеллектуальной деятельности.

Что касается коллективного управления исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения, то здесь, действительно, наблюдается некоторое несоответствие принципу осуществления своих прав своей волей и своим интересом. ОКУП предоставляет лицензию на использование произведения любому пользователю, тогда как сам правообладатель, например, не предоставил бы лицензию этому лицу.

Вместе с тем, нельзя забывать, что отсутствие прямо выраженного намерения заключить лицензионный договор с

тем или иным лицом не свидетельствует об ущемлении воли правообладателя, а лишь о незнании воли. Ярким примером тому служат применяемые в английском праве подразумеваемые лицензии (*Implied License*).¹⁸²

Кроме того, коллективное управление осуществляется только правами на обнародованные музыкальные произведения, то есть те, которые доведены до всеобщего сведения и могут быть доступны в силу этого любому пользователю. Таким образом, де-факто недобросовестное лицо может использовать такое произведение без каких-либо санкций, в том числе ввиду того, что в отношении объектов интеллектуальных прав способы защиты от использования ограничены.

При этом законодательно уставлена возможность правообладателя осуществлять индивидуальное управление авторскими правами, а также обратиться к любой организации для управления его правами.

Также согласно пункту 4 статьи 1244 ГК РФ правообладатель, не заключивший с аккредитованной организацией договора о передаче полномочий по управлению правами, вправе в любой момент полностью или частично отказаться от управления этой организацией его правами.

Таким образом, законодателем установлена презумпция: права, предусмотренные пунктом 1 статьи 1244 ГК РФ,

¹⁸² Orit Afori, Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law, 25 Santa Clara High Tech. L.J. 275 (2008). // URL: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol25/iss2/2>. (Дата обращения 22.02.2017).

переданы в коллективное управление аккредитованной организации. Вместе с тем, эта презумпция может быть в любой момент опровергнута правообладателем (уполномоченным им лицом). Указанное дает основание рассматривать российскую систему коллективного управления в качестве примера расширенного коллективного лицензирования (*Extended collective licensing*), при сохранении общего правила добровольного коллективного управления (*Voluntary collective management*).

Необходимо отметить, что бездоговорное коллективное управление авторскими правами является общепризнанной системой в зарубежных странах.

При этом бездоговорное управление осуществляется лишь некоторыми категориями авторских и смежных прав, а также при строгой регламентации законом и при участии государства, как это и реализовано в России.

(b) Мировые системы коллективного управления авторскими правами

В мире выделяются следующие системы коллективного управления авторскими правами¹⁸³:

- добровольное (договорное) коллективное управление (*Voluntary collective management*);

- коллективное управление с расширенным коллективным лицензированием (*Collective management with Extended collective licensing*);
- обязательное коллективное управление/законная презумпция (*Mandatory collective management/ Legal presumption*).¹⁸⁴

Добровольное (договорное) коллективное управление является основной формой коллективного управления, которая применяется в качестве общего правила во всех странах мира.

Коллективное управление с расширенным коллективным лицензированием основано на конструкции внедоговорного коллективного управления правами «по умолчанию», но с сохранением за правообладателем права отказа от участия в данной системе. Естественно, поскольку ОКУП организуется правообладателями для защиты их прав, то расширенное коллективное лицензирование применяется только в отношении тех прав, по которым уже заключены соглашения с правообладателями, а затем экстраполируется и на других правообладателей, с которыми в отношении указанных прав договоры ОКУП не заключены. В литературе отмечается, что расширенное коллективное лицензирование может успешно функционировать в тех странах, где правообладатели хорошо организованы и информированы, а деятельность ОКУП строго

¹⁸³ Безусловно, эти системы используются в сочетании в отношении тех или иных авторских и смежных прав.

¹⁸⁴ Collective Management of Copyright and Related Rights. Editor Daniel Gervais. Published by: Kluwer Law International, 2010. P. 26.

регламентирована, прозрачна и отчетна.¹⁸⁵ Рассматриваемая система, зачастую называемая «скандинавской», зародилась в 1960-х годах XX века в странах Северной Европы (Дании, Швеции, Норвегии, Финляндии, Исландии), а сегодня применяется также в Великобритании, Канаде и России.

Обязательное коллективное управление правами (законная презумпция) предполагает собой также случай бездоговорного управления авторскими и смежными правами. Однако, в отличие от системы расширенного коллективного лицензирования, при такой системе возможность правообладателей отказаться от управления ОКУПами их правами запрещена законом.¹⁸⁶ Обязательное коллективное управление предусмотрено в Германии, Испании и Австрии.

В Германии действует законная презумпция, что все правообладатели априори являются членами ОКУП.¹⁸⁷ Ее суть состоит в том, что не требуется заключения соглашения между ОКУП и правообладателем для сбора вознаграждения, подлежащего выплате за предоставление лицензии пользователям, при этом лицензия считается надлежащим образом предоставленной, если вознаграждение было уплачено в пользу ОКУП.¹⁸⁸ В свою очередь бремя

доказывания отсутствия у ОКУП договора с правообладателем возлагается на пользователя.¹⁸⁹

Следует обратить внимание, что в Директиве 2014/26/EU Европейского Парламента и Совета от 26.02.2014 о коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке специально указывается на возможность расширенного коллективного лицензирования и обязательного коллективного управления (пункты 12, 19 преамбулы Директивы).¹⁹⁰

(с) Выводы и рекомендации

По нашему мнению, представление о том, что бездоговорное коллективное управление авторскими правами нарушает волю правообладателя, ошибочно, как ошибочно и представление о том, что Россия следует порочной практике ущемления прав правообладателей в пользу ОКУП. Система бездоговорного коллективного управления авторскими правами, активно порицаемая рядом практикующих специалистов, является общепринятой в развитых мировых правовых порядках. Говоря о воле правообладателя, следует заметить, что автор в любой момент может отказаться от

¹⁸⁵ Models for Collective Management of Copyright from an International Perspective: Potential Changes for Enhancing Performance // Journal of Intellectual Property Rights. Vol. 17, January 2012. P. 49.

¹⁸⁶ Ibid. P. 48.

¹⁸⁷ Collective Management of Copyright and Related Rights. Editor Daniel Gervais. Published by: Kluwer Law International, 2010. P. 26.

¹⁸⁸ Collective Management of Copyright and Related Rights. Editor Daniel Gervais. Published by: Kluwer Law International, 2010. P. 27.

¹⁸⁹ Ibid. P. 29.

¹⁹⁰ Директива доступна по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014L0026>. (Дата обращения: 22.02.2017).

управления его правами на коллективной основе, тогда как защита должна быть для всех одинаковой, независимо от наличия или отсутствия договора, и нарушение прав не должно допускаться только в силу того, что автор не заключил договор с ОКУП.

Курс на сохранение бездоговорного коллективного управления закреплён в Соглашении о порядке управления авторскими и смежными правами на коллективной основе (далее – Соглашение ОКУП), подписание которого поручено Распоряжением Правительства Российской Федерации от 14.02.2017 № 258-р №О.¹⁹¹

Таким образом, само по себе бездоговорное коллективное управление не является недоработкой российского законодателя, а представляет собой допустимую, а в случае защиты права – необходимую систему управления, недочеты которой могут быть минимизированы надзором со стороны государства, отчетностью и прозрачностью деятельности аккредитованных ОКУП.

¹⁹¹ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 14.02.2017 № 258-р «О подписании Соглашения о порядке управления авторскими и смежными правами на коллективной основе». // URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201702200017?index=0&rangeSize=1>. (Дата обращения: 22.02.2017).

(d) Монополия в сфере коллективного управления авторскими и смежными правами

Существующая в России система коллективного управления авторскими правами критикуется за отсутствие конкуренции и за то, что на аккредитованные организации не распространяется антимонопольное законодательство. Предлагается отменить аккредитацию и поощрять конкуренцию в данной области: «Неаккредитованные организации фактически не могут эффективно осуществлять свою деятельность при наличии аккредитованных организаций, чья деятельность выведена из-под регулирования законодательства о защите конкуренции. При этом следует предположить, что наличие конкуренции в указанной сфере могло бы стимулировать как снижение расходов и предоставление более выгодных условий правообладателям, так и более эффективную деятельность организаций, которые будут вынуждены предлагать конкурентные преимущества для своих клиентов» – указывает Антон Банковский, глава практики интеллектуальной собственности международной юридической фирмы CMS.¹⁹² Из таких же предпосылок исходило Минкомсвязи при разработке законопроекта «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования механизма коллективного управления авторскими и смежными правами».

¹⁹² Реформа коллективного управления правами // «эж-ЮРИСТ» №34 (936) 2016. // URL: <https://www.eg-online.ru/article/322774/>. (Дата обращения: 22.02.2017).

Авторы настоящих методических рекомендаций обращают внимание, что в отношении коллективного управления авторскими и смежными правами конкуренция фактически ограничена только в отношении тех секторов управления авторскими и смежными правами, по которым требуется государственная аккредитация. При этом ограничение конкуренции в сфере расширенного коллективного лицензирования является общепринятой мировой практикой, целесообразность которой подкреплена как опытом зарубежных стран, так и позицией Международной конфедерации обществ авторов и композиторов (СИЗАК).

Так, например, итальянское Общество авторов и издателей SIAE (итал. *Società Italiana degli Autori ed Editori*) является монопольной государственной организацией.¹⁹³ В целом ряде стран действует один ОКУП, занимающий монопольное положение в одном секторе управления авторскими правами в силу закона, в частности, в Нидерландах и Испании. В других странах – в Бельгии, Франции, Германии, Дании, Австрии, Японии – монополистическое положение хотя и не следует из закона, но действует на практике.¹⁹⁴ Только в США и Канаде прямо запрещена монополия и поощряется конкуренция между ОКУП.¹⁹⁵

¹⁹³ Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins au Canada: perspective internationale par Daniel J. Gervais, 2001. P 27.

¹⁹⁴ Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins au Canada: perspective internationale par Daniel J. Gervais, 2001. P 28.

¹⁹⁵ Models for Collective Management of Copyright from an International Perspective: Potential Changes for Enhancing Performance // Journal of Intellectual Property Rights. Vol. 17, January 2012. P. 47.

В мае 2015 года СИЗАК выпустила специальную Резолюцию CE 15-0329 «Ситуация с коллективным управлением правами на Украине», в которой СИЗАК отмечает, что наличие большого количества ОКУП по тем же типам прав/видам использования и без строгих законодательных критериев того, кто и как может осуществлять коллективное управление, привело к большой правовой неопределенности и позволило недобросовестным пользователям манипулировать рынком в ущерб интересам украинских и иностранных авторов; СИЗАК приветствует введение института государственной аккредитации ОКУП и схемы расширенного коллективного управления».¹⁹⁶

В.О. Калятин отмечает, что монополизм в области коллективного управления авторскими и смежными правами обоснован, «потому что он связан с тем, что те функции, для выполнения которых общества создавались, лучше всего как раз выполняются в тех случаях, когда организация одна. Причем одна организация выгодна, как правило, всем, потому что пользователю удобнее найти одну организацию и у нее получать все права, а не выяснять, кто конкретно управляет правами в отношении того или иного автора или определенного произведения. А автору выгодно, потому что он, как правило, в этом случае получает больше денег, опять-таки из-за монопольного характера этой организации. Если существует

¹⁹⁶ Письмо PAO № 1-6-6/107 от 29.09.2015. С. 6. // URL: <https://tpprf.ru/ru/interaction/committee/komint/initiatives/?ID=112042> . (Дата обращения: 22.02.2017).

несколько организаций, то они обычно, конкурируя между собой, сбивают ставки, которые платят своим авторам».¹⁹⁷

Прежде всего, наличие аккредитованной организации не лишает правообладателей права отказаться от их услуг и заключить договор с любой иной ОКУП. Согласно пункту 3 статьи 1244 ГК РФ наличие аккредитованной организации не препятствует созданию других организаций по управлению правами на коллективной основе, в том числе в сферах коллективного управления, указанных в пункте 1 статьи 1244 ГК РФ (т.е. в сферах бездоговорного управления). Такие организации вправе заключать договоры с пользователями только в интересах правообладателей, предоставивших им полномочия по управлению правами.

Соответственно, при наличии специального волеизъявления правообладателей могут быть созданы неаккредитованные ОКУП для управления их правами на тех условиях, которые будут установлены на общем собрании правообладателей.

Наличие двух, трех или более конкурирующих между собой ОКУП отрицательно скажется на процессе и объеме сбора вознаграждения для правообладателей:

- пользователи будут обязаны заключать не один договор с аккредитованной ОКУП (принцип «одного окна»), а несколько договоров с неаккредитованными ОКУП, а

также с правообладателями, не передавшими свои права в управление ОКУП;

- для расчета вознаграждения потребуются выяснять, каких конкретно правообладателей представляет тот или иной ОКУП, получить документальное подтверждение этого, вероятно, рассчитать процентное отношение правообладателей членом одного ОКУП к другим правообладателям, членам других ОКУП. Только после этого может быть согласован размер вознаграждения между пользователем и ОКУП;
- исполняя договоры, пользователи будут предоставлять не один отчет, а несколько, в зависимости от количества ОКУП, с которыми у них заключены договоры;
- вознаграждение также будет выплачиваться не в один ОКУП, как это происходит сейчас, а во все ОКУП, с которыми пользователем заключены договоры.¹⁹⁸

При сохранении действия принципа «одного окна» в отношении расширенного коллективного лицензирования снижается до минимума возможность недобросовестного использования произведений, обеспечивается защита каждому правообладателю, при этом нет рисков возникновения путаницы между ОКУП, взимания вознаграждения с одного и того же пользователя дважды, упрощаются процедуры заключения договоров с пользователями, сбора и распределения вознаграждения.

¹⁹⁷ Стенограмма круглого стола (Москва, ЦЭМИ РАН, 13.04.2010) // URL: <http://www.labrate.ru/20100413/stenogramma.htm>. (Дата обращения: 22.02.2017).

¹⁹⁸ Письмо ТПП РФ № 10/1380 от 16.12.2015. С. 4. // URL: <https://tpprf.ru/ru/interaction/committee/komint/initiatives/?ID=112042>. (Дата обращения: 22.02.2017).

(е) Требования к деятельности ОКУП

(i) Отчетность и прозрачность деятельности ОКУП

С учетом практической деятельности аккредитованных ОКУП в России, мы полагаем, что текущее регулирование коллективного управления в части отчетности и прозрачности деятельности ОКУП нуждается в совершенствовании.

Действующее законодательство не содержит требований к отчетности и прозрачности деятельности ОКУП, не являющихся аккредитованными организациями. Вместе с тем, представляется, что минимальные обязательные требования к деятельности любой ОКУП должны быть установлены нормативно в целях предоставления правообладателям необходимых гарантий защиты их прав.

Правила, регулирующие отчетность и прозрачность деятельности аккредитованных ОКУП, сводятся к пункту 6 статьи 1244 ГК РФ, согласно которому аккредитованная организация обязана ежегодно представлять в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти отчет о своей деятельности, а также публиковать его в общероссийском средстве массовой информации. Форма отчета утверждена Приказом Росохранкультуры от 15.10.2010 № 182. Указанная форма предполагает, чтобы ОКУП отражали общие сведения об ОКУП, сведения об общей сумме

собранного и выплаченного вознаграждения, сведения об удержаниях из вознаграждения, произведенных ОКУП.

Необходимо далее двигаться в сторону увеличения прозрачности деятельности ОКУП и, прежде всего, предусмотреть, как это указано в статье 21 Директивы 2014/26/EU Европейского Парламента и Совета от 26.02.2014 о коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке (далее – Директива)¹⁹⁹, что ОКУП должна сделать публичной, по меньшей мере, следующую информацию:

(a) устав;

(b) условия членства и порядок отмены полномочий на управление правами, если эти сведения не содержатся в уставе;

(c) стандартные лицензионные договоры и типовые применяемые тарифы, включая скидки;

(d) перечень лиц, управляющих деятельностью ОКУП;

(e) общая политика распределения средств, причитающихся правообладателям;

(f) общая политика относительно платы за управление;

¹⁹⁹ Директива доступна по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014L0026>. (Дата обращения: 22.02.2017).

(g) общие правила удержаний, помимо платы за управление, из дохода от прав и иной прибыли от инвестирования доходов от прав, в том числе удержания для целей оказания социальных, культурных и образовательных услуг;

(h) перечень заключенных соглашений о представительстве и наименования ОКУП, с которыми такие соглашения заключены;

(i) общая политика использования нераспределимых средств;

(j) процедуры рассмотрения жалоб и разрешения споров.

Знание указанной информации позволит каждому правообладателю осуществлять контроль за деятельностью ОКУП, проверить, верно ли были выплачены причитающиеся ему вознаграждения. Кроме того, указанные документы могут служить основанием для выбора правообладателем той или иной ОКУП для управления его правами.

Согласно пункту 35 преамбулы Директивы, чтобы обеспечить правообладателям возможность контролировать и сравнивать деятельность ОКУП, такие организации должны публиковать ежегодный отчет о прозрачности, включающий сопоставимую аудированную финансовую информацию, характерную для их деятельности. ОКУП также обязаны публично раскрывать специальный ежегодный отчет, являющийся частью ежегодного отчета о прозрачности, об использовании средств, удержанных для финансирования социальных, культурных или образовательных услуг.

Также Директивой (статья 22) предусматривается проведение обязательного аудита учетных данных, содержащихся в ежегодном отчете о прозрачности одним или несколькими лицами, уполномоченными законом на проведение аудита отчетности. Аудиторский отчет, включая любые данные оценки, должен быть полностью воспроизведен в ежегодном отчете о прозрачности.

Составление и доведение до всеобщего сведения отчета о прозрачности, отчета об использовании средств на нужды ОКУП, проведение независимого аудита – важные предложения, которые должны быть имплементированы и реализованы в России.

При этом ОКУП обязана публиковать указанные отчеты на своем веб-сайте и обеспечивать их доступность на этом сайте не менее пяти лет. Содержание отчетов приводится в статье 22 Директивы и приложениях 2 и 3 к Директиве.

Россия уже начала внедрять положения Директивы, приняв решение подписать Соглашение о порядке управления авторскими и смежными правами на коллективной основе (Соглашение ОКУП).

Соглашением ОКУП провозглашается, что деятельность ОКУП должна осуществляться в соответствии с принципами открытости, прозрачности, подотчетности, подконтрольности и справедливости.

Статьей 4 Соглашения ОКУП предусмотрено, что ОКУП обязана создать официальный сайт в сети Интернет для размещения (опубликования) информации о своей деятельности, формировать реестры, содержащие сведения о

правообладателях, объектах авторских и (или) смежных прав и правах, переданных такой организации в управление, и разместить реестры на официальном сайте; а также, что особенно важно, внедрить процедуры, позволяющие другим ОКУП и правообладателям, в интересах которых организация заключает договоры с пользователями, уведомлять о любых неточностях, содержащихся в реестрах и касающихся прав, которыми она управляет.

Статьей 5 Соглашения ОКУП устанавливается обязанность ОКУП привлекать независимую аудиторскую организацию для проведения обязательного аудита ее бухгалтерской (финансовой) отчетности, а также проверки соблюдения установленного организацией порядка ведения и документального оформления операций с денежными средствами при осуществлении сбора, распределения и выплаты вознаграждения, учета целевых поступлений и выплат, осуществленных за счет специальных средств, соответствия распределения собранного вознаграждения требованиям, предусмотренным утвержденной организацией методикой, а также соблюдения иных требований, предъявляемых к деятельности такой организации.

Таким образом, строгая реализация на практике установленных Директивой и Соглашением ОКУП положений обеспечит прозрачность деятельности ОКУП, доступность сведений о ней любому лицу и, соответственно, повышенный контроль, а обязательный аудит и специальные требования к отчетам позволят выявить и впоследствии свести на нет возможные злоупотребления.

(ii) Сбор и распределение вознаграждений ОКУП

Вопросы сбора и распределения вознаграждения, безусловно, напрямую связаны с прозрачностью и отчетностью деятельности ОКУП. Вместе с тем, в данном аспекте существенную роль имеет также четкость и конкретность определения функций и полномочий ОКУП.

В настоящее время рассматриваемый вопрос урегулирован недостаточно. Краеугольным камнем является пункт 5 статьи 1244 ГК РФ, согласно которой аккредитованная ОКУП обязана принимать разумные и достаточные меры по установлению правообладателей, имеющих право на получение вознаграждения. Вместе с тем, критерии достаточности и разумности мер не выработаны, единства подходов нет. На практике это ведет к тому, что правообладатели могут и не знать о совершении каких-либо действий от их имени, могут не получать вознаграждения. В отношении иностранных правообладателей эта проблема приобретает особую актуальность.

Здесь также необходимо упомянуть про так называемые «сиротские произведения», обладателей авторских прав на которые не удалось установить, несмотря на разумные и достаточные меры, принятые для их поиска.

Заслуживает внимания идея, изложенная в проекте Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования механизма коллективного управления авторскими и смежными

правами», подготовленном Минкомсвязью России. Авторы законопроекта предлагают создать реестр сиротских произведений и произведений, перешедших в общественное достояние.

Согласно законопроекту, если автора не удалось установить, то его имя вносится в реестр. В случае если спустя шесть месяцев с момента внесения в реестр произведения, обладателя авторских прав на которое не удалось установить, правообладатель не идентифицирует себя путем направления обоснованного заявления в адрес федерального органа исполнительной власти, уполномоченного Правительством Российской Федерации на создание, формирование и ведение реестра, такое произведение признается сиротским, и его использование разрешается на условиях открытой лицензии, допускающей свободное использование произведения без разрешения правообладателя и выплаты вознаграждения.

Таким образом, могут быть нивелированы возможные злоупотребления со стороны ОКУП при поиске автора для передачи уже собранного вознаграждения. Соответственно, если нет правообладателя, то и вознаграждение не должно взыскиваться.

Однако стоит отметить, что права автора могут быть нарушены, так как впоследствии он может требовать только исключения из реестра, но не взыскания компенсации за использование его произведения в период, когда оно находилось в реестре.

Не менее остро стоит проблема расходования вознаграждений на нужды ОКУП.

За управление правами на коллективной основе ОКУП удерживают из полученного от пользователей вознаграждения суммы на покрытие своих расходов. Однако размер таких удержаний устанавливается актами самих ОКУП, и правообладатели фактически лишены возможности согласовывать размер удержаний.

Подходы к решению рассматриваемой проблемы сбора и распределения вознаграждения нашли отражение в Директиве. Поскольку правообладатели уполномочены получать вознаграждение за использование их прав, согласно пункту 28 Преамбулы Директивы, необходимо, чтобы плата за управление не превышала расходов на управление правами, и чтобы любые удержания, помимо платы за управление, например, удержания в социальных, культурных или образовательных целях, определялись членами ОКУП. При этом правообладатели должны на недискриминационных условиях иметь доступ к любым социальным, культурным или образовательным услугам, финансируемым за счет таких удержаний.

Согласно пункту 29 Преамбулы Директивы, распределение и выплата сумм, причитающихся правообладателям, должны производиться своевременно, согласно общей политике распределения, принятой в ОКУП. Этот принцип должен соблюдаться и в случае, когда интересы правообладателей представляет иная организация. Чтобы распределение сумм осуществлялось правильно и должным образом, ОКУП обязаны добросовестно предпринимать разумные и достаточные меры для установления и обнаружения соответствующих правообладателей. Право определять порядок использования средств,

нераспределенных вследствие невозможности установить или обнаружить соответствующих правообладателей целесообразно закрепить за членами ОКУП, в пределах дозволенного национальным законодательством.

В Соглашении ОКУП предусмотрены конкретные требования к сбору и распределению вознаграждения. Так, указывается, что расходы ОКУП должны быть обоснованы и документально подтверждены. ОКУП не имеет права удерживать более 50 процентов суммы собранного вознаграждения на расходы ОКУП и специальные средства. При этом такие удержания должны осуществляться пропорционально из каждой суммы, причитающейся каждому правообладателю. Одновременно с выплатой вознаграждения организация обязана представить правообладателю отчет об использовании его прав и о размере собранного за такое использование вознаграждения с детализацией удержанных организацией сумм, в том числе специальных средств.

(iii) Выводы и предложения

Таким образом, общая линия изменений в сфере коллективного управления авторскими правами направлена на преодоление выявленных на практике злоупотреблений со стороны ОКУП. Следует отметить, что российские подходы в этом отношении соответствуют мировым стандартам.

Кроме предложений о прозрачности и отчетности деятельности ОКУП, изложенных выше, совершенствование

системы коллективного управления должно предусматривать также упрочнение взаимодействия правообладателей и ОКУП. В частности, необходимо предусмотреть возможность участия в собраниях ОКУП онлайн, отражение в личном кабинете правообладателя всех операций, связанных с его правами.

Также важным предложением следует считать возможность участия в ОКУП не только правообладателей, но и других ОКУП, действующих в интересах правообладателей. Это могло бы решить вопрос конкуренции, вопрос доверия правообладателей и вопрос профессионализма ОКУП. Рассматриваемое предложение нашло отражение в пункте 14 преамбулы Директивы.

(f) Единый реестр. Технологии Blockchain

Ввиду того, что коллективное управление авторскими правами, несмотря на принятие новых мер по совершенствованию этого института, всегда будет связано с человеческим фактором, предлагается введение способов управления правам посредством единых каталогов и технологий *Blockchain*.

В Европейском союзе для оптимизации процессов создания цифровой библиотеки при поддержке Международной Федерации Организаций по репрографическому воспроизведению произведений (IFRRO)

был внедрен масштабный проект ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works*)²⁰⁰.

ARROW представляет собой созданный на основе международных стандартов идентификации реестр авторских прав и ресурсоэкономный инструмент автоматизированного поиска информации о правовом статусе любого произведения, его авторе и издателе. В частности, ARROW за считанные секунды позволяет определить, является ли произведение сиротским, распространяются ли на него авторские права, распродан ли тираж издания, а также получить все необходимые лицензии через систему коллективного управления правами.²⁰¹

На сегодняшний день в рамках программы ARROW хранится около 20 млн единиц – книг, статей, фотографий в цифровом виде. База данных ARROW формируется библиотеками 46 европейских государств. Кроме этого, был создан открытый файл WIAF, в котором находится информация, получаемая от Библиотеки Конгресса США и 20 других библиотек по всему миру.²⁰²

²⁰⁰ Информация доступна на официальном сайте IFFRO по адресу: <http://www.iffro.org/content/arrow-project-0> (Дата обращения: 22.02.2017). Проект размещен по адресу: <https://www.arrow-net.eu/> (Дата обращения: 22.02.2017).

²⁰¹ Портал [copyright.ru](http://www.copyright.ru), информация доступна по адресу: http://www.copyright.ru/news/main/2012/5/18/ocifrovka_proizvedenie/. Дата обращения: 22.02.2017.

²⁰² Интервью генерального секретаря и директора IFFRO Olav Stokkmo. URL: http://copyrus.org/stati/collective_management_trends.html. (Дата обращения: 22.02.2017).

В дополнение к проекту ARROW был разработан проект ARROW+ в отношении аудиовизуальных произведений.

В отдельных странах создаются местные программы по аналогии с ARROW. Так, во Франции при поддержке Национальной Французской Библиотеки была создана электронная библиотека *Gallica*²⁰³, включающая в себя вышедшие из продажи издания, охраняемые авторским правом. Впоследствии инициатива оцифровки таких изданий была закреплена на законодательном уровне: согласно закону Франции от 22.02.2012 «Об обязательном коллективном лицензировании недоступных в продаже произведений XX века для их дальнейшей оцифровки и размещения в открытом доступе», вышедшие из продажи произведения подлежат оцифровке, размещению в общедоступной электронной библиотеке при условии обязательного коллективного лицензирования с последующим распределением сборов между авторами и издателями.

Вместе с тем, из-за недостаточного финансирования подобные проекты либо не реализованы в России, либо находятся в самом начале пути. Работа по оцифровке, созданию электронных библиотек уже ведется, но в отношении создания реестров и каталогов произведений серьезных мероприятий пока не проводится.

Генеральный директор РСП Андрей Кричевский выступил с предложением создания цифровой платформы – «биржи интеллектуальной собственности», которая в будущем придет на смену системе коллективного управления

²⁰³ URL: <http://gallica.bnf.fr/> (Дата обращения: 22.02.2017).

правами.²⁰⁴ Речь идет о создании на основе технологии блокчейн глобальной некоммерческой сети транзакций, ключевыми узлами которой будут оперировать крупные корпорации – владельцы прав на объекты промышленной собственности, авторских и смежных прав.

В настоящий момент в РСР и ВОИС используют технологии при сборе вознаграждения – реестр фонограмм и цифровой музыкальный плеер, который помогает пользователям транслировать музыку, составлять плей-листы, получать статистику. По словам Кричевского, технологии уже помогли ОКУП увеличить число плательщиков: за вторую половину 2016 года число пользователей, заключивших соглашения с ВОИС, удвоилось, а объем собираемого вознаграждения вырос на 20%.²⁰⁵

Отмечается, что цифровая платформа на базе блокчейн могла бы стать оптимальным решением для управления интеллектуальными правами в условиях цифровой глобализации.

А. Кричевский указал, что на первом этапе в числе пользователей платформы будут ОКУП, поскольку именно они управляют крупнейшими каталогами прав. Но впоследствии правообладатели, научившись монетизировать через биржу

²⁰⁴ «РСР нашел замену системе коллективного управления». Автор статьи: А. Голицына // Ведомости от 19.12.2016.

URL: <http://www.vedomosti.ru/technology/articles/2016/12/19/670295-rsp-birzha-prav>. (Дата обращения: 22.02.2017).

²⁰⁵ Там же.

свои произведения, смогут самостоятельно управлять правами.²⁰⁶ В этом случае необходимость в ОКУП отпадет.

Представляется, что будущее именно за системой управления правами на базе технологий блокчейн, поскольку это оптимальный способ как для правообладателей, так и для пользователей: каждый из них участвует в процессе непосредственно, либо с посредником, но при четком и прозрачном отображении всех операций с интеллектуальными правами, всех платежей. Соответственно, те недостатки, за которые сейчас критикуют ОКУП, в принципе исчезнут.

(g) Глобальная лицензия

В конце 2014 – начале 2015 гг. широко обсуждалась концепция «глобальной лицензии» как решение вопроса управления правами в сети Интернет. Министерством культуры был предложен законопроект, обязывающий всех пользователей Интернета платить за авторские права. Специально созданная организация должна взимать плату с Интернет-провайдеров за скачивание и размещение в сети литературных, музыкальных и аудиовизуальных произведений. В свою очередь провайдеры включают взыскиваемую с них плату в стоимость услуг пользователей, которые автоматически признаются лицензиатами глобальной лицензии.

²⁰⁶ Там же.

При этом плату по глобальной лицензии, названную не сможет запустить проект по их коммерческому использованию.²⁰⁷ без оснований «налогом на Интернет», предлагалось взимать абсолютно со всех российских пользователей вне зависимости от их желания фактически распространять в сети и скачивать объекты авторских и смежных прав.

Согласно законопроекту собранные по глобальной лицензии денежные средства подлежат распределению среди авторов. Однако технические возможности, позволяющие выплачивать вознаграждение пропорционально использованию, отсутствуют. Кроме того, если произведение свободно и легально размещено в Интернете, то его коммерческое использование представляется неэффективным – процент людей, которые согласятся использовать за деньги произведение, бесплатно размещенное в Интернете, очевидно, будет невысоким совершенно легально, не будет очень значительным.

Концепция глобальной лицензии подверглась жесткой критике со стороны подавляющего большинства специалистов, в итоге законопроект был отозван. Кроме того, любое использование произведения, выложенного в Интернете, будет считаться законным. В этой связи В.О. Калятин справедливо отмечает, что «по сути закон ведет к легализации пиратства».²⁰⁸

Прежде всего, глобальная лицензия не укладывается в рамки предусмотренных законом положений и влечет нарушение прав как правообладателей, так и пользователей.

Поскольку лицензия будет привязана к устройству, то с одного и того же пользователя, выходящего в Интернет с нескольких устройств, плата будет взыскана неоднократно, т.е. плата будет взыскиваться за то, что ему уже и так разрешено законом.

Нарушение прав правообладателей намного серьезнее: фактически правообладатель ограничивается в возможности осуществлять принадлежащие ему права, пока не обратится в специальную ОКУП, не передаст ей цифровые копии своих произведений, а затем не укажет, что запрещает включать их в глобальную лицензию. До тех пор все смогут использовать произведения самостоятельно, и даже сам правообладатель не

(h) Рекомендации по совершенствованию коллективного управления авторскими правами

В механизме коллективного управления авторскими и смежными правами можно выделить множество проблем и

²⁰⁷ Калятин В.О. Глобальная лицензия» или плата за доступ в Интернет? URL: https://zakon.ru/blog/2014/12/26/globalnaya_licenziya_ili_plata_za_dostup_v_internet. (Дата обращения: 22.02.2017).

²⁰⁸ Калятин В.О. Глобальная лицензия» или плата за доступ в Интернет? URL: https://zakon.ru/blog/2014/12/26/globalnaya_licenziya_ili_plata_za_dostup_v_internet. (Дата обращения: 22.02.2017).

аспектов, нуждающихся в совершенствовании. Однако объем и цели настоящей работы не позволяют осветить их все на должном уровне. Вместе с тем, наряду с указанными выше вопросами, а также обобщая их, предлагаем следующие рекомендации по совершенствованию коллективного управления авторскими правами:

1. Безоговорное коллективное управление авторскими правами может продолжать существование как способ управления правами аккредитованными организациями при условии надзора, публичности и применения повышенных требований к ведению отчетности. Несмотря на это, при поиске правообладателей ОКУП должна принимать меры по заключению договоров с ними.
2. Договоры по коллективному управлению авторскими правами не должны быть исключительно договорами присоединения и должны иметь механизмы по внесению правообладателями своих предложений по изменению условий договора, в частности об объеме передаваемых в управление полномочий, о сумме вознаграждения.
3. Целесообразно усиление взаимодействия между ОКУП и правообладателями посредством расширения возможностей участия в управлении ОКУП и увеличения функционала личного кабинета правообладателя.
4. Необходимо установить, что членами ОКУП могут быть как физические лица, так и юридические лица, в том числе другие ОКУП.
5. Целесообразна нормативная регламентация требований к отчетности и прозрачности ведения деятельности ОКУП. При этом такая регламентация должна затрагивать не только аккредитованные ОКУП, но и иные ОКУП.
6. Монополизм ОКУП в сфере коллективного управления авторскими и смежными правами на произведения, использование которых допускается без согласия правообладателей, должен поощряться, поскольку такой монополизм будет являться залогом устойчивости оборота.
7. Перспективным направлением коллективного управления авторскими и смежными правами должно стать создание электронных библиотек, реестров произведений, права на которые не перешли в общественное достояние.

3.03 Расширение возможностей свободного использования объектов интеллектуальной собственности

Возможность свободного использования объектов интеллектуальной собственности, с одной стороны, призвана стимулировать движение научно-просветительской мысли, развитие научно-технического прогресса, облегчить образовательные процессы, снять информационные барьеры.

Однако, с другой стороны, расширение способов свободного использования таких объектов может привести к недопустимому ограничению прав авторов, уменьшить возможности коммерциализации. Таким образом, в решении вопроса о расширении свободы использования объектов интеллектуальной собственности одной из основных задач является нахождение баланса между интересами правообладателей и противопоставленными им интересами третьих лиц, как в частности, так и в целом – в контексте всего общества.

Под свободным использованием объектов интеллектуальной собственности (далее – объекты ИС) традиционно понимается возможность использования таких объектов без согласия правообладателей как с выплатой, так и без выплаты вознаграждения.

Общая презумпция состоит в том, что свободное использование допускается в отношении объектов ИС,

перешедших в общественное достояние, то есть в отношении которых прекратилось действие исключительного права.

Использование же объектов ИС, исключительные права на которые действуют, без согласия автора допускается только в установленных Гражданским кодексом Российской Федерации (далее – ГК РФ) случаях, а именно:

- 1) свободного воспроизведения произведения в личных целях (статья 1273 ГК РФ);
- 2) свободного использования произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях (статья 1274 ГК РФ);
- 3) свободного использования произведения путем репродуцирования библиотеками, архивами и образовательными организациями (статья 1275 ГК РФ);
- 4) свободного использования произведения, постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения (статья 1276 ГК РФ);
- 5) свободного публичного исполнения музыкального произведения (статья 1277 ГК РФ);
- 6) свободного воспроизведения произведения для целей правоприменения (статья 1278 ГК РФ);
- 7) свободной записи произведения организацией эфирного вещания в целях краткосрочного пользования (статья 1279 ГК РФ).

Кроме того, в доктрине все чаще к свободному использованию объектов ИС относят открытые лицензии, лицензии Creative Commons.

Учитывая цели настоящих Методических рекомендаций и обширность вопросов свободного использования, полагаем необходимым остановиться на рассмотрении фундаментальных вопросов и тех проблем, которые в последние годы приобрели наибольшую актуальность.

(a) Общественное достояние

(i) Понятие общественного достояния

Основным видом свободного использования объектов ИС является использование объектов, перешедших в общественное достояние.

Мировой доктриной предусмотрено два понимания общественного достояния: узкое, когда действие исключительного права на объект ИС прекратилось, и широкое, когда в общественное достояние включаются объекты ИС, не обремененные исключительностью, то есть объекты ИС, которые охраняются правом, но легитимированы введением исключения или выдачей лицензии.²⁰⁹

²⁰⁹ Северин Дюсолье. Обзорное исследование по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию. //

Мы придерживаемся узкого толкования, поскольку основная суть общественного достояния в том, что исключительное право прекращается, а не обременяется, и утрата носит безвозвратный характер.

Следует отметить, что интеллектуальная собственность рассматривалась и продолжает рассматриваться с точки зрения монополистической теории, одним из проявлений которой является ограничение доступа третьих лиц к объектам ИС без специального на то разрешения правообладателя. Вместе с тем, в отличие, например, от объектов права собственности, объекты интеллектуальных прав несут в себе культурную, научную и т.п. ценность, в связи с чем стали высказываться теории о введении ограничений исключительного права. Одним из таких ограничений является установления срочного характера исключительных прав.

Впервые идея о необходимости ограничения срока действия исключительных прав была закреплена в Англии в Статуте Королевы Анны 1709 г.

До его принятия в Англии действовал Акт о печати 1662 г., согласно которому издателям принадлежало неограниченное монопольное право на производство после передачи его автором в печать, при этом сам автор лишался всех имущественных прав. Согласно Статуту 1709 г. автору предоставлялось право зарегистрировать свое произведение в специальном реестре, передать его издателю сроком на 14 лет, по истечении которых он мог вновь передать право на

URL:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf.
(Дата обращения: 22.02.2017).

произведение еще на 14 лет. Если же автор не внес произведение в реестр, не передал права повторно, либо 28-летний срок истек, то произведение переходило в общественное достояние и могло быть использовано любым лицом. Указанный Статут лег в основу концепции общественного достояния и был воспринят в большинстве стран мира.

Общественное достояние можно рассматривать как *res communis*, то есть общее благо, которое может использоваться всеми, но и охраняться должно всеми. Квалификация общественного достояния как *res communis* влечет за собой два основных последствия, конститутивно из нее вытекающих: во-первых, запрет присвоения объекта ИС, как автором, так и любым третьим лицом, а, во-вторых, возможность использования объекта ИС любым лицом любым способом.

Проблема присвоения объекта ИС, перешедшего или могущего перейти в общественное достояние, может проявляться двояко. С одной стороны, правообладатели препятствуют переходу объекта ИС в общественное достояние как *res communis*, что может наблюдаться при регистрации объекта ИС в качестве товарного знака. В таком случае даже если срок действия авторских прав прекратился, то, например, персонаж может быть зарегистрирован в качестве товарного знака, что приведет к установлению монополии регистранта в известной области, а также к ограничению возможности использования этого персонажа всеми лицами.

С другой стороны, монополизация и установление ограничений свободного использования объектов ИС, перешедших в общественное достояние, возможна

пользователями, в частности, лицами, контролирующими соответствующие массивы информации, например, значительные базы данных.

Таким образом, перспективна на законодательном уровне разработка механизмов, не допускающих обход режима общественного достояния и установления либо частичной юридической монополии, либо фактической монополии.

Следует отметить, что наличие объектов ИС в общественном достоянии порождает для общества новые возможности и дает существенные преимущества. Режим общественного достояния выгоден как правообладателям (яркий пример тому Google), так и пользователям.

П. Самуэльсон отмечает, что общественное достояние способно выполнять следующие функции:

- быть базовыми блоками для формирования новых знаний или работ;
- создать основу для создания конкурентоспособных имитаций-аналогов;
- позволить развивать инновации;
- обеспечить дешевый доступ общества к информации;
- обеспечить доступ к культурному наследию;
- поддерживать образовательный процесс;
- обеспечивать развитие здравоохранения и общественной безопасности;

- способствовать развитию демократических процессов и формированию демократических ценностей.²¹⁰

Учитывая значение общественного достояния, в целях поддержания его устойчивости ВОИС разработаны следующие принципы развития общественного достояния:

- потребность в определенности при идентификации материала общественного достояния (территориальная идентификация, унификация сроков, добровольный отказ от права, создание реестров);
- потребность в доступности и устойчивости материала общественного достояния (общественное достояние должно быть доступным для повторного использования и эксплуатации, а его контент должен быть сохранен и удержан в интересах будущих поколений);
- принцип недопустимости исключительности, гарантированный законом, должен применяться к общественному достоянию (правило свободного пользования общественным достоянием при отсутствии авторско-правовой охраны должно получить юридическое подтверждение и подкреплено запретом на коммодификацию или

частное повторное получение прав на элементы общественного достояния);

- принцип недопущения соперничества (отсутствие авторско-правовой охраны должно повлечь за собой эффективное коллективное использование ресурсов общественного достояния, что также будет означать гарантированный доступ в целях поддержки и использования материала общественного достояния без дискриминации.

В развитие данных принципов исследователем Северин Дюсолье предлагаются конкретные рекомендации по совершенствованию законодательства.²¹¹

(ii) Проблема добровольного общественного достояния

Согласно пункту 1 статьи 1282 Гражданского кодекса Российской Федерации, после прекращения действия исключительного права произведение науки, литературы или искусства, как обнародованное, так и необнародованное, переходит в общественное достояние.

²¹⁰ Калятин В.О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. Октябрь – декабрь. С. 9.

²¹¹ См. Северин Дюсолье. Обзорное исследование по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию. // URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf. (Дата обращения: 22.02.2017).

При этом ни в статье 1282 ГК РФ, ни в других статьях ГК РФ не установлено положений, разъясняющих возможность перехода объекта ИС в общественное достояние в случаях, отличных от прекращения действия исключительного права.

В этой связи заслуживает внимания вопрос о возможности отказа правообладателя от исключительного права и передачи такого объекта ИС в общественное достояние.

Согласно пункту 2 статьи 9 ГК РФ отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Таким образом, прекращение действия исключительного права по воле правообладателя и, соответственно, переход объекта ИС в общественное достояние, возможно только в случае прямого указания ГК РФ.

В настоящий момент ГК РФ предусматривает только один случай прекращения исключительного права по воле правообладателя (но без перехода в общественное достояние): согласно подпункту 5 пункта 1 статьи 1514 ГК РФ правовая охрана товарного знака прекращается в случае отказа правообладателя от права на товарный знак.

Кроме того, нормы о сроке действия исключительного права и о переходе объекта ИС в общественное достояние являются императивными, что исключает возможность правообладателя по своей воле прекратить действие исключительного права до истечения срока его действия, предусмотренного законом.

Исходя из приведенных норм, вопрос о существовании в настоящий момент в России добровольного общественного достояния можно считать закрытым. Однако полагаем, что законодательное установление возможности прекращения исключительного права по воле правообладателя является важным механизмом установления свободного использования на объекты ИС.

Отказ от исключительных прав закреплен на законодательном уровне во многих странах. В странах общего права – США, Великобритании и находящихся под их влиянием – Индии, Чили, Кении и пр. Во Франции в последнее время появилась общественная инициатива, связанная с введением института «добровольного общественного достояния», реформирования законодательства об авторском праве.²¹²

Согласно § 105 Закона об авторском праве Соединенных Штатов и смежных правах, содержащийся в разделе 17 Кодекса законов Соединенных Штатов, правообладатель может в любой момент заявить о передаче своего произведения в общественное достояние. Кроме того, все произведения, созданные государством, автоматически становятся общественным достоянием.

Некоторые страны включают в определение общественного достояния отказы от охраны авторских прав, в частности Чили и Кения. Законодательством указанных стран предусматривается, что «отказ автора или его правопреемника от своего права должен быть сделан в письменной форме и

²¹² Глонина В.Н. Добровольное общественное достояние. Возможен ли отказ автора от исключительного права на произведение? // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 7. С. 66 – 71. // СПС «КонсультантПлюс».

обнародован, но любой такой отказ не должен противоречить каким-либо предыдущим договорным обязательствам, касающимся произведения».²¹³

За исключением стран, однозначно разрешивших такую передачу в общественное достояние и придавших ей официальный статус, законность и обоснованность отказов от исключительных прав с тем, чтобы объект ИС перешел в общественное достояние является одним из наиболее дискуссионных.

Представляется, что с учетом принципа осуществления своих прав своей волей и в своем интересе, отказ от права входит в правомочие осуществления правом. Соответственно, отказ от исключительного права сам по себе допустим и не вызывает каких-либо противоречий.

Однако отказ от права не может рассматриваться как прекращение этого права, то есть переход объекта ИС в общественное достояние. Например, заключение договора об отчуждении исключительного права можно рассматривать как частный случай отказа от исключительного права автором. Однако в этом случае право не прекращается, а переходит к иному лицу. Вместе с тем при отказе автора от права в пользу общества – неограниченного круга третьих лиц – конструкция, в соответствии с которой право продолжает существовать у всех, представляется абсурдной.

²¹³ Северин Дюсолье. Обзорное исследование по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию. //

URL:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/ru/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf.
(Дата обращения: 22.02.2017).

В этой связи прекращение права в случае отказа от права подлежит обсуждению и детальной проработке. В случае положительного решения вопроса законом должна быть четко регламентирована процедура отказа от права, влекущая за собой прекращение исключительного права и переход объекта ИС в общественное достояние.

Внимания в проработке данной процедуры заслуживает также проблема учета интересов лицензиатов, поскольку в случае прекращения исключительного права, лицензионный договор также прекращается. Соответственно, в случае прекращения договора договорные механизмы защиты лицензиата могут быть поставлены под сомнение (возникает необходимость заключения самостоятельного договора, либо включения в лицензионный договор условий о «непрекращающихся» нормах), что также требует законодательного урегулирования данного вопроса.

(b) Сиротские произведения

Сиротское произведение (*orphan work*) представляет собой охраняемое авторским правом произведение, правообладатель которого не установлен (не установлено лицо) и/или не обнаружен (не установлено местоположение лица).

Согласно Директиве Европейского парламента и Совета от 25 октября 2012 года 2012/28/EU «Об определенных

случаях разрешенного использования сиротских произведений» (далее – Директива о сиротских произведениях) произведение или фонограмма признается сиротским произведением, если ни один обладатель прав на такое произведение или фонограмму не установлен или, если один или несколько из них установлены, ни один не может быть обнаружен, несмотря на проведение должного поиска правообладателя, который был осуществлен и зафиксирован.²¹⁴ Аналогичное определение содержится и в Отчете по сиротским произведениям и массовой оцифровке.²¹⁵

В законодательстве России термин «сиротское произведение» не определен. Более того, исследования на рассматриваемую тематику достаточно скудны. Вместе с тем, сиротские произведения были выведены на уровень законодательной инициативы, что нашло отражение в проекте Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования механизма коллективного управления авторскими и смежными правами», подготовленном Минкомсвязью России.²¹⁶

Законопроектом Минкомсвязи предлагалось введение реестра сиротских произведений в целях их свободного использования любым лицом без выплаты вознаграждения. В реестр должны вноситься произведения, правообладателей

которых не удалось установить либо локализовать. При этом произведение остается в реестре сиротских произведений до тех пор, пока правообладатель не заявит о своих правах на них, представив соответствующее обоснование.

Проблема сиротских произведений состоит в том, что при не установлении их правообладателя и, соответственно, не получении разрешения, использование такого произведения в строго формальном смысле, без придания таким произведениям особого статуса, не может считаться законным.

Между тем, количество сиротских произведений, хранящихся в библиотеках, архивах и других учреждениях культуры, огромно. По оценкам Британской библиотеки доля сиротских произведений составляет 26,5%; два исследования университета Карнеги Меллон (*Carnegie Mellon University*) дают результаты в 21% и 31% соответственно.²¹⁷ 50% произведений (около 2,5 млн произведений), имеющих в американской цифровой библиотеке *HathiTrust* – сиротские.²¹⁸

Сиротские произведения занимают промежуточное положение между произведениями, охраняемыми авторским правом, и произведениями, перешедшими в общественное достояние. Поскольку невозможно установить их

²¹⁴ Директива ЕС от 25 октября 2012 года 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений. // URL: <http://lexdigital.ru/2012/070/> (Дата обращения 22.02.2017).

²¹⁵ Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights. United States Copyright Office. June 2015. P. 9.

²¹⁶ Документ может быть бесплатно заказан на сайте портала Гарант.ру по адресу: <http://base.garant.ru/56644962/>. (Дата обращения: 22.02.2017).

²¹⁷ Калятин В.О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. N 4. Октябрь – декабрь. С. 12.

²¹⁸ Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of “Rights” in Digital Collection Building by John P. Wilkin, February 2011. URL: <https://www.clir.org/pubs/ruminations/01wilkin/wilkin.pdf>. (Дата обращения 22.02.2017).

правообладателя, то невозможно установить и их действительный правовой статус.

В связи с тем, что использование сиротских произведений с разрешения невозможно, целесообразно предусмотреть возможность свободного использования таких произведений.

Следует отметить, что, по сути, режим сиротских произведений представляет собой режим временного общественного достояния: сиротское произведение признается таковым и может использоваться любым лицом до тех пор, пока автор не будет установлен (не заявит о себе), то есть за автором сиротского произведения в любом случае должна быть сохранена возможность восстановления исключительного права в полном объеме.

Легализации использованию сиротских произведений уделяется особое внимание в Европейском Союзе и США.

(i) Европейский Союз

В Европейском Союзе поиск оптимального способа использования сиротских произведений ведется с 2007 г., что следует уже из первого отчета на эту тему, опубликованного Рабочей группой высокого уровня по цифровым библиотекам (*High Level Expert Group on Digital Libraries*).²¹⁹

²¹⁹ Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out of Print Works. European Commission(18/04/2007) URL:

В указанном отчете констатировалась необходимость решения государствами-членами ЕС проблемы сиротских произведений, руководствуясь следующими принципами:

- использование всех сиротских произведений на одних и тех же основаниях;
- установление правил по добросовестному поиску авторов;
- исключение из реестра сиротских произведений при обнаружении автора;
- установление особого режима использования сиротских произведений некоммерческим учреждениям в культурных, образовательных и тому подобных целях;
- закрепление возможности коммерческого использования сиротских произведений;
- выплата правообладателю вознаграждения при его обнаружении за период использования произведения как сиротского.²²⁰

Указанные принципы нашли свое отражение и в Директиве о сиротских произведениях.

Директива посвящена определенным видам использования сиротских произведений общедоступными

http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=295. (Дата обращения 22.02.2017).

²²⁰ Ibid. P. 5-6.

библиотеками, образовательными учреждениями и музеями, а также архивами, фильмо- или аудиофондами и организациями общественного вещания, учрежденными в государствах-членах ЕС, для достижения ими своих целей, связанных с общественными интересами.

Важным гарантией прав авторов является правило о выплате авторам вознаграждения за весь период использования произведения организацией за весь период использования до лишения произведения статуса сиротского. Стоит отметить, что в упомянутом законопроекте Минкомсвязи выплата вознаграждения не предусматривалась.

Кроме того, несмотря на то, что организации, использующие сиротские произведения (а фактически – управляющие ими) являются некоммерческими, Директива предоставляет им право получать доход от использования сиротских произведений для достижения ими целей, связанных с общественными интересами.

Вместе с тем, взимание платы за использование сиротских произведений (статус которых не установлен!) с других лиц означает, что даже в отсутствие авторов исключительные права на такие сиротские произведения действуют и признаются, хотя и за неизвестными лицами. То есть с точки зрения Директивы презюмируется охрана авторским правом, сохраняется монопольное положение, обеспечивается защита исключительных прав и, соответственно, сиротское произведение не может считаться перешедшим в общественное достояние.

Полагаем, что такой подход не является последовательным и нуждается в дальнейшем

совершенствовании. Вместе с тем, нельзя не отметить, что эта непоследовательность обуславливается устоявшейся правовой доктриной общественного достояния, тогда как, исходя из позиции практического использования, закрепленный Директивой подход удобен и рационален.

Ограничения исключительных прав на сиротские произведения, не являются значительными: статьей 6 Директивы предусмотрено, что организации вправе использовать сиротские произведения следующими способами:

(а) путем сообщения сиротских произведений для всеобщего сведения,

(б) путем действий по воспроизведению в целях оцифровки, сообщения, индексирования, каталогизации, сохранения или реставрации.

В соответствии с Директивой была организована единая база данных сиротских произведений для ЕС под названием Orphan Works Database.²²¹ База данных содержит информацию о сиротских произведениях, содержащихся в коллекциях общедоступных библиотек, учебных заведений и музеев, а также архивах, учреждениях кино и аудио наследия и общественных вещательных организациях, созданных в ЕС. Кроме того, эта база данных содержит информацию о коллективных правообладателях на нее, что позволяет в рамках системы расширенного коллективного лицензирования

²²¹ URL: <https://www.oami.europa.eu/ohimportal/web/observatory/orphan-works-database>. (Дата обращения 22.02.2017).

получить разрешение использование цифровой копии работы в законных целях.

(ii) США

Американский опыт легализации сиротских произведений все еще находится в разработке. Бюро по охране авторских прав в США (*US Copyright Office*) представило в докладе «Сиротские произведения и массовая оцифровка» от 2015 г.²²² свои предложения по легализации сиротских произведений. Однако они носят рекомендательный, а не обязательный характер.

Согласно докладу регулирование вопроса сиротских произведений должно базироваться на следующих принципах:

- установить ограничение средств правовой защиты за нарушение авторских прав для пользователей, которые могут доказать, что они провели добросовестный и скрупулезный поиск (*good faith diligent search*) правообладателя и не смогли установить его личность и/или местонахождение;
- определить, что скрупулезный поиск (*diligent search*) должен включать в себя, как минимум, поиск в записях Бюро по охране авторских прав (USCO), поиск источников авторского права,

лицензий с использованием разумных и целесообразных в конкретной ситуации технологических средств и баз данных;

- требовать от Бюро по охране авторских прав (USCO) поддержки в проведении поиска;
- ограничить денежную компенсацию за нарушение авторских прав сиротских произведений пользователям до разумной компенсации в виде суммы, с которой согласились бы заинтересованный покупатель и заинтересованный продавец непосредственно перед началом использования;
- отменить денежную компенсацию для некоммерческих образовательных, культурных и тому подобных учреждений;
- явным образом сохранить возможность пользователям на добросовестное использование (*fair use*) сиротских произведений и ряд других принципов.

Следует отметить, что концепция сиротских произведений подверглась в США резкой критике в связи с введением скрупулезного поиска вместо привычного добросовестного использования. Критиками отмечалось, что затраты на поиск правообладателей превосходят цели использования произведений. Кроме того, пользователь оказывается зависимым от неизвестного лица. Высказываются позиции о том, что рассматриваемые произведения нужно назвать не «сиротами», а «заложниками», о том, что вместо

²²² Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights. United States Copyright Office. June 2015. P. 9.

того, чтобы заставить регистрироваться авторов Бюро (USCO) предлагает регистрироваться пользователям.²²³

Таким образом, вопрос о правовом статусе сиротских произведений не проработан ни в законодательстве, ни в правовой доктрине. Действующее регулирование является отрывочным и не всегда последовательным. В Европейском Союзе законодательно закреплена возможность использования сиротских произведений только образовательными и культурными организациями, что, на наш взгляд, необоснованно сужает сферу возможного использования. В России этот вопрос только начинает разрабатываться. Вместе с тем, как показывают исследования, доля сиротских произведений значительна, объем информации и знаний, которые несут в себе указанные произведения, не оценим, тогда как из-за нерешенности вопроса об их статусе эти произведения не используются, исчезают из фонда мирового культурного наследия. Полагаем, что установление свободного использования сиротских произведений при детальном нормативном регулировании должно стать одним из приоритетных направлений совершенствования российского законодательства по интеллектуальным правам.

²²³ См. подробнее: Левова И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю.. Сиротские произведения в России: статус, пути решения и проблемы. Москва, ООО «ВАШ ФОРМАТ», 2016 г. С. 37.

(с) Creative Commons лицензии

Развивая идеи открытого исходного кода Ричарда Столлмана, широко используемые в программировании, профессор права Стэнфордского университета, один из основателей и главных идеологических вдохновителей движения за свободную информацию, Лоуренс Лессиг основал в 2001 году некоммерческую организацию *Creative Commons*, название которой стало впоследствии нарицательным обозначением особого вида лицензирования всех возможных объектов авторских прав. *Creative Commons* выступает в качестве разработчика стандартных лицензий и занимается международной адаптацией документов, способствующих более удобному, быстрому и свободному предоставлению авторами прав на пользование их результатами интеллектуальной деятельности неограниченному кругу лиц.

Основная сфера применения *Creative Commons* (CC) лицензий – Интернет-среда, несмотря на то, что также такой вид делегирования своих прав авторами практикуется и в печатных изданиях.

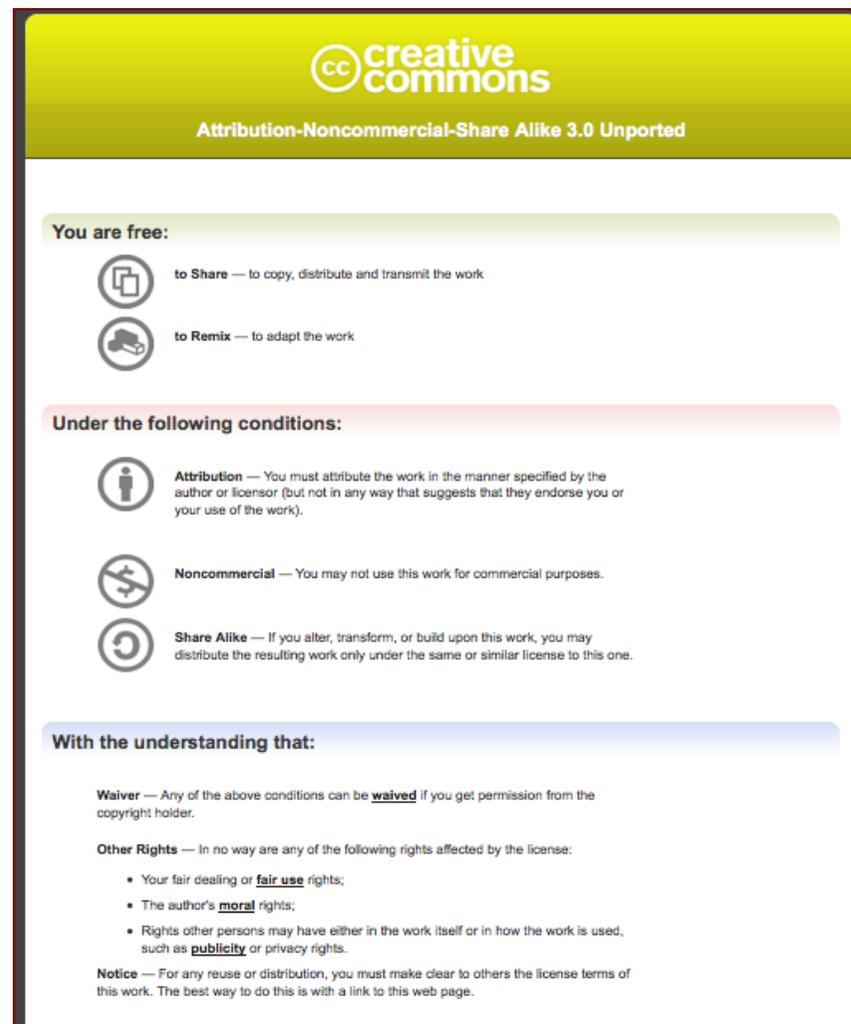
CC лицензии позволяют авторам по собственному выбору ограничить собственное исключительное право и даже некоторые личные неимущественные права в пользу общества. Общая характеристика правового подхода при использовании такого рода лицензий выражается формулой: от принципа «все права защищены» к принципу «некоторые права защищены».²²⁴

²²⁴ Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования *Creative Commons* в Российской Федерации. //Законодательство. – 2010. – № 8. – С. 39

Creative Commons предлагает автору на выбор один из шести вариантов лицензии, которые разделяются по 3 основным критериям: с сохранением условий/без сохранения условий, коммерческая/некоммерческая, с возможностью создавать производные произведения/ без возможности создавать производные произведения. При этом указание авторства является обязательным условием каждого из предлагаемых автору типов лицензии.

Подобно тому, как авторское право выделяется в тексте значком «копирайта», то есть буквой С в круге с указанием даты, также и каждая из выбранных автором опций СС лицензии характеризуется конкретным обозначением:

Указанные обозначения сопровождают лицензируемый результат интеллектуальной деятельности в Интернете, клик по ним ведет по ссылке на сайт организации *Creative Commons*, на котором пользователь может ознакомиться с условиями допустимого использования более подробно.



The image shows a Creative Commons license card for Attribution-Noncommercial-Share Alike 3.0 Unported. The card has a yellow header with the CC logo and the text 'creative commons Attribution-Noncommercial-Share Alike 3.0 Unported'. Below the header, there are three main sections: 'You are free:', 'Under the following conditions:', and 'With the understanding that:'. Each section contains icons and text explaining the license terms.

You are free:

-  to Share — to copy, distribute and transmit the work
-  to Remix — to adapt the work

Under the following conditions:

-  **Attribution** — You must attribute the work in the manner specified by the author or licensor (but not in any way that suggests that they endorse you or your use of the work).
-  **Noncommercial** — You may not use this work for commercial purposes.
-  **Share Alike** — If you alter, transform, or build upon this work, you may distribute the resulting work only under the same or similar license to this one.

With the understanding that:

Waiver — Any of the above conditions can be waived if you get permission from the copyright holder.

Other Rights — In no way are any of the following rights affected by the license:

- Your fair dealing or fair use rights;
- The author's moral rights;
- Rights other persons may have either in the work itself or in how the work is used, such as publicity or privacy rights.

Notice — For any reuse or distribution, you must make clear to others the license terms of this work. The best way to do this is with a link to this web page.

Будучи, с одной стороны, доступными для авторов и пользователей результатов интеллектуальной деятельности, а с другой стороны простыми для заключения в Интернете, СС лицензии, возникшие в США, получили широкую популярность во всем мире.

В связи с тем, что исключительное право на произведения носит территориальный характер и подлежит защите в соответствии с законодательством каждого конкретного государства, организация *Creative Commons* включает в себя множество национальных центров, каждый из которых занимается адаптацией концепции СС лицензий в той стране, где этот центр представлен. Завершение процесса адаптации происходит вместе с принятием на национальном уровне пакета изменений в национальное законодательство.

Адаптация разработанных в организации проектов лицензий, в связи с особенностями национальных юрисдикций, носит многоступенчатый, сложный характер. Адаптированная лицензия должна соответствовать как требованиям национального права, с одной стороны, так и стандартной лицензии, сохраняя то идеологическое ядро, изначально заложенное в общей концепции СС лицензий.

Во многих юрисдикциях, в связи с применением СС лицензий на национальном уровне, в первую очередь возникает вопрос о воле сторон, форме акцепта, оферта и так далее.

В европейских странах (например, в Германии и Франции) не возникало каких-либо препятствий для адаптации лицензий. Это обусловлено, в первую очередь широкой практикой распространения программного обеспечения

и посредством сети Интернет, при котором воля сторон при лицензировании выражается в направлении на монитор пользователя текста лицензионного соглашения со стороны правообладателя, и клика, подтверждающего согласие со стороны потребителя. Такая форма в достаточной степени защищает и правообладателя, и потребителя, так как последний имеет возможность перед «кликом», выражающим согласие на заключение договора, внимательно ознакомиться с текстом соглашения.²²⁵ В США, а также в европейских юрисдикциях, такие договоры получили признание, являются законными и получают правовую защиту. При этом в Европе в отношении клик-лицензий широко применяется законодательство о защите прав потребителей.²²⁶

В СС лицензиях, в качестве территории действия лицензии предусмотрен весь мир. Вместе с тем, очевидно, что формулировка намеренно представлена широкой так, чтобы по мере адаптации последующих стран на их территории также автоматически распространялись условия лицензии. На практике же, очевидно, такого рода договоры могут быть заключены лишь на территориях, где СС лицензии адаптированы.

²²⁵ Scheuermann I. Internationales Zivilverfahrensrecht bei Verträgen im Internet. Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.S.196.

²²⁶ См.: Association Familles de France v. SA Père-Noël.fr, SA Voyage Père-Noël.fr., Tribunal de Grande Instance de Paris, decision of 4 February 2003

Исчерпание права, в отношении СС лицензий не действует, так как распространяется исключительно на материальные носители произведений.²²⁷

Срок действия лицензии ограничивается сроком действия исключительного права в каждой конкретной стране.

Другой трудностью для адаптации СС лицензий принято считать ее безвозмездность, которая зачастую не соответствует требованиям национальных юрисдикций, предъявляемых к лицензионным Договорам.

Так, французский Кодекс интеллектуальной собственности разрешает бесплатное предоставление права пользования произведением, включающее в себя право на представление (аналог российского права на исполнение и публичный показ) и право на репродукцию (распространение). Вместе с тем переработка аудиовизуальных произведений, согласно статье L131-3 Кодекса, требует обязательного вознаграждения.²²⁸

Вместе с тем при написании адаптированной версии СС лицензии исходили не из судебного понимания нормы, согласно которой возмездность может выражаться в любой форме возмещения правообладателю, в том числе, в виде рекламы. Таким образом, обязательность указания автора было рассмотрено как реклама.²²⁹

²²⁷ Ст. 4.2., 29 Директивы 2001/29/ЕС Европейского Парламента и Совета от 22 мая 2001 г. по гармонизации отдельных аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе.

²²⁸ Code de la propriété intellectuelle. Art. L.131-3 CPI

²²⁹ URL: <http://fr.creativecommons.org/FAQjuridiques.htm>

В Германии же Закон об авторском праве позволяет предоставление на безвозмездной основе права использования произведения²³⁰, в связи с чем, таких проблем в Германии не возникло.

В России же экспертная дискуссия о возможности адаптации СС лицензий берет свое начало в 2008 году. Депутатом Государственной Думы В.М. Куцевым, членом Комитета по культуре Государственной Думы ФС РФ, 5 ноября 2008 года направлено письмо А.Л. Маковскому, первому заместителю председателя Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства с просьбой дать разъяснения по вопросу о том, «имеет ли право юридическое лицо, индивидуальный предприниматель или физическое лицо, являющееся правообладателем или лицензиатом авторских или смежных прав на результат интеллектуальной деятельности, передавать и (или) предоставлять право использования такого результата интеллектуальной деятельности на безвозмездной основе».

В ответ на это А.Л. Маковский ответил, сославшись на п. 5 ст. 1235 ГК РФ, что лицензирование на безвозмездной основе допускается, но при этом следует принимать во внимание тот факт, что лицензирование в отношениях между юридическими лицами должно расцениваться как дарение, запрещенное в отношениях коммерческих организаций пп.4 ст.575 ГК РФ.

Впоследствии вопрос СС лицензий и аналогов открытых лицензий широко обсуждалась в научной среде. Многие

²³⁰ Urheberrechtsgesetz §32

известные авторы высказывались достаточно скептически относительно возможных перспектив внедрения в России данного института.

В частности, один из разработчиков части четвертой Гражданского кодекса, В.О. Калятин в 2010 году высказал точку зрения о том, что «в рамках российского законодательства эта модель нереализуема». Как полагает В. О. Калятин, для практической реализации модели *Creative Commons* «нужно переделать все гражданское законодательство, включая I и II части Гражданского кодекса, а не только IV часть».²³¹

В качестве критических аргументов заявлялись:

1. Договорная природа отношений, связанных с исполнением лицензий СС.

2. Соблюдение требований к заключению договоров. К таким требованиям относятся: идентификация сторон в договоре, соглашение по существенным условиям договора, наличие оферты и акцепта.

3. Действительность договора между юридическими лицами, учитывая запрет дарения в отношениях между коммерческими организациями (пп.4 ст.575 ГК РФ).

4. Соблюдение письменной формы лицензионного договора (п.2 ст.1235 и п.2 ст.1286 ГК РФ).

5. Соблюдение личных неимущественных прав автора.

²³¹ URL: <http://www.labrate.ru/20100316/stenogramma.htm>

6. Действительность условий лицензий СС, касающихся дальнейшего распространения произведения на тех же условиях.

В то же время другие авторы высказывались за перспективы скорейшей адаптации СС лицензий в России, приводились достаточно убедительные контраргументы на тезисы критиков.²³²

Так, первый, второй и четвертый аргументы скептиков адаптации СС лицензий в России могут быть преодолены аналогично приведенному выше опыту Германии и Франции, учитывая применяемые механизмы для распространения программного обеспечения посредством сети Интернет.

Относительно запрета дарения между юридическими лицами, подчеркивалось, что для СС лицензии, во-первых не характерно взаимодействие юридических лиц, что является скорее исключением, в то время как наиболее распространенным является случай договора между физическими лицами.

Более того, цель запрета на дарение между коммерческими организациями, очевидно, состоит в недопущении различного рода финансовыми махинациями и злоупотреблений в хозяйственной сфере. Таким образом, в случае предоставления открытой лицензии, доступной для любых лиц при соблюдении определенных условий, риск, против которого направлен указанный запрет, полностью

²³² Напр. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в Российской Федерации. //Законодательство. – 2010. – № 8. – С. 44

пропадает, в связи с чем применение нормы пп. 4 ст. 575 в отношении СС лицензий было бы не обосновано.

Аргумент, заключающийся в защите личных неимущественных прав автора, возникал не только в России и был учтен разработчиками Creative Commons, который в версии 3.0 предусмотрели особенности юрисдикций, где соблюдения так называемых «моральных прав» является императивным требованием закона.

Шестой аргумент против СС лицензий заключался в том, что в связи с «вирусным характером» договора, то есть распространением в геометрической прогрессии, при котором через каждого нового пользователя результата интеллектуальной деятельности заключаются договоры со следующими и так далее, правообладатель утрачивает те права, которые были закреплены за ним на первом звене цепочки.

С одной стороны, этот аргумент признается справедливым, однако ровно в той же степени, в которой он был бы справедлив и к обычной лицензии, разрешающей сублицензирование. В действительности, никакой разницы, кроме масштаба распространения результата интеллектуальной деятельности между обычной лицензией и открытой с точки зрения этого аргумента нет. В то же время, автор, соглашаясь на СС лицензию, понимает возможные риски и получаемую от этого выгоду или вообще не задумывается о возможной выгоде, в связи с чем, этот аргумент скептиков также можно признать недостаточно убедительным.

В результате возникшая в научных кругах дискуссия вылилась во введение в 2014 году в ГК РФ п. 5 ст. 1233 и ст. 1286.1 «Открытая лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства», предусматривающей для авторов возможность лицензирования результатов интеллектуальной деятельности посредством договора присоединения, близкой по своему содержанию, к лицензии СС.

Исследователями отмечаются недостатки нового института, но большинство доводов, используемых скептиками после введения ст. 1286.1 ГК РФ, дублируют те аргументы, которые приводились до введения указанной статьи, в связи с чем дополнительно разбирать их не представляется целесообразным.

Следует отметить, что, несмотря на зачастую обоснованную критику СС лицензий, в том числе в России, в целом рассматриваемая концепция является благом, и предоставляет авторам больше прав и удобства при распространении созданных ими произведений.

С введением в ГК РФ ст. 1286.1, Россией был сделан значительный шаг в развитии законодательства интеллектуальной собственности, конечно, требуются изменения и доработки, однако нельзя не отметить прогрессивное стремление и движение российского законодательства в этой сфере вперед.

3.04 Залог и секьюритизация прав на ИС

(а) Залог интеллектуальных прав как инструмент введения их в гражданский оборот

(i) Залог интеллектуальных прав в отечественной правоприменительной практике

Основной анализ института залога исключительных прав на различные объекты интеллектуальной собственности был проведен в Методических рекомендациях о возможностях и перспективах использования институтов залога и займа венчурными фондами в России с учетом лучших мировых практик.²³³

²³³ Методические рекомендации о возможностях и перспективах использования институтов залога и займа венчурными фондами в России с учетом лучших мировых практик (подготовлены по заказу ОАО «РВК» компанией «Эрнст энд Янг (СНГ) Б.В.» // URL: https://www.rvc.ru/upload/iblock/6e1/RVC_direktiv_zalog_zaim.pdf (дата обращения: 28.02.2017).

В настоящем документе мы рассмотрим некоторые аспекты его применения с точки зрения тенденций современного развития.

Залог исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности – относительно «молодой» способ распоряжения исключительным правом на объекты интеллектуальных прав.

Известны случаи заключения договоров с «Альфа-банком» о залоге исключительного права на товарный знак «Московский провансаль», принадлежащего саратовскому Жировому комбинату, входящему в холдинг «Солнечные продукты», а также на товарный знак «Л'Этуаль» по кредиту компании «Алькор и Ко» на 50 млн евро. Новикомбанку были заложены товарные знаки «Конфаэль» и «Кухня без границ», а Сбербанку – «Дикая орхидея» и «Пава».²³⁴

Одна из существенных особенностей залога исключительных на результаты интеллектуальной деятельности состоит в том, что сами указанные объекты не могут быть непосредственным предметом сделок.

Это связано с тем, что интеллектуальные права, как известно, включают в себя исключительное право и личные неимущественные права, принадлежащие автору произведения или иного результата интеллектуальной деятельности.²³⁵

²³⁴ См., например: <http://glavpatent.ru/alfa-bank-vzval-v-zalog-brend.html>

²³⁵ Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги // М.: «Статус». 2016

Если личные неимущественные права неотчуждаемы и исключительного права на промышленный образец не непередаваемы, то исключительное право, напротив, наделено допускаясь, если оно может стать причиной введения качества оборотоспособности: оно первоначально возникает потребителя в заблуждение относительно товара или его у автора, но в дальнейшем может быть передано автором изготовителя. Таким образом, исключительное право на такой другому лицу по договору или перейти к другим лицам по иным промышленный образец не может быть и предметом залога. основаниям, установленным законом (ст. 1228 ГК РФ).

В соответствии с п. 1 ст. 358.18 ГК РФ исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации могут быть предметом залога в той мере, в какой правила ГК РФ допускают их отчуждение.

В абз. 4 п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» также дано разъяснение о том, что не могут выступать в качестве предмета залога личные неимущественные права.

Согласно положениям части четвертой ГК РФ запрет на отчуждение исключительных прав установлен лишь в отношении фирменного наименования юридических лиц и наименования мест происхождения товаров (п. 2 ст. 1474, п. 4 ст. 1519 ГК РФ). Исключительными правами на иные результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации правообладатель вправе распоряжаться, в том числе, путем их отчуждения.

Однако более глубокий анализ норм части четвертой ГК РФ позволяет выявить и другие случаи ограничения распоряжения исключительными правами путем их отчуждения: так, согласно п. 2 ст. 1365 ГК РФ отчуждение

Также в соответствии с п. 4 ст. 1539 ГК РФ исключительное право на коммерческое обозначение может перейти к другому лицу (в том числе по договору, в порядке универсального правопреемства и по иным основаниям, установленным законом) только в составе предприятия, для индивидуализации которого такое обозначение используется. Таким образом, залог исключительных прав на коммерческое обозначение возможен только в случае залога всего предприятия.

В абз. 4 п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» отмечается, что не могут быть предметом залога право следования на произведения изобразительного искусства, авторские рукописи (автографы) литературных и музыкальных произведений.

Важным аспектом регулирования отношений, связанных с залогом исключительных прав, является необходимость государственной регистрации такого обременения, которая должна осуществляться в соответствии с правилами раздела VII ГК РФ.

Однако такая регистрация требуется только в определенных случаях. Прежде всего, это касается тех

результатов интеллектуальной деятельности, которые признаются и охраняются законом лишь при условии его государственной регистрации. Согласно п. 2 ст. 1232 ГК РФ в случаях, когда результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации подлежит в соответствии с ГК РФ государственной регистрации, залог исключительного права также подлежат государственной регистрации. Несоблюдение требования о регистрации залога исключительного права влечет признание данной сделки несостоявшейся.

Таковыми результатами интеллектуальной деятельности являются, в частности, изобретения, полезные модели и промышленные образцы (ст. 1353 ГК РФ), селекционные достижения (ст. 1414 ГК РФ), товарные знаки и знаки обслуживания (ст. 1480 ГК РФ).

В отношении некоторых результатов интеллектуальной деятельности обязанность их государственной регистрации не предусмотрена, но их правообладатели наделены правом зарегистрировать их. К таким результатам интеллектуальной деятельности относятся, прежде всего, программы ЭВМ и базы данных (ст. 1262 ГК РФ). При этом залог исключительного права на соответствующие объекты не подлежит государственной регистрации, даже если они зарегистрированы в Роспатенте. Так, в п. 5.8.2 Постановления Правительства РФ от 21.03.2012 № 218 «О Федеральной службе по интеллектуальной собственности» указано, что государственной регистрации подлежит залог исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания и зарегистрированную топологию интегральной микросхемы.

Представляется, что такая логика обусловлена субсидиарным характером регистрации программ для ЭВМ и баз данных. Однако, на наш взгляд, в данном случае происходит некоторая подмена понятий, поскольку регистрация этих объектов, по сути, является простым депонированием, которое не обязывает правообладателя регистрировать дальнейшие обременения. В то время как понятие «регистрация» используется в ГК РФ и по отношению к тем объектам, для которых она обязательна в силу закона (товарные знаки, изобретения, полезные модели, промышленные образцы). Следовательно, в отношении программ для ЭВМ и баз данных было бы правильней говорить не о регистрации, а о депонировании.

В настоящее время порядок государственной регистрации договора залога в отношении объектов интеллектуальной собственности регулируется Постановлением Правительства от 24 декабря 2008 г. № 1020, Приказом Минобрнауки России от 29 октября 2008 г. № 322 и Приказом Роспатента от 29 декабря 2009 г. № 186.

Однако между названными нормативными актами и положениями закона существуют некоторые противоречия. Так, если в п. 3 ст. 1232 ГК РФ предусматривается уведомительный порядок регистрации залога исключительного права, то, например, в пп. г) п. 4 Правил о регистрации договоров о распоряжении исключительными правами предусмотрена проверка договора залога на предмет содержания в нем внутренних противоречий. А в п. 3.5 Приказа Роспатента от 29 декабря 2009 г. сказано, что исполнитель при регистрации залога обязан осуществлять проверку каждого договора залога на наличие в нем положений о возможности последующего

залога права, сроке действия договора, возможности *charge* или *floating charge*), в Палате по регистрации залогодателя использовать и/или распоряжаться результатом юридических лиц (*Companies House*).²³⁶ интеллектуальной деятельности или средством индивидуализации.

Таким образом, имеются некоторые пробелы в регулировании, в связи с чем целесообразно пересмотреть все вышеназванные нормативные акты и обеспечить их приведение в соответствие с новыми положениями ГК РФ.

(ii) Анализ опыта регулирования залоговых отношений в других юрисдикциях

Анализ зарубежного опыта позволяет выявить неоднозначность подходов некоторых юрисдикций к нормативному регулированию вопроса о регистрации залога исключительных прав.

Так, согласно п. 395 английского Закона о юридических лицах 1985 г. все юридические лица Великобритании обязаны регистрировать залог любых объектов, находящихся в их собственности (залог земельных участков, гудвилл, обязательствных прав, а также интеллектуальных прав в любой из предусмотренных английскими законами форм – *fixed*

Наряду с Реестром заложенного имущества юридических лиц в Великобритании существуют так называемые специальные залоговые реестры (*Specialist registries*) для некоторых видов имущества (земельные участки, морские, воздушные суда, а также зарегистрированные патенты, товарные знаки и полезные модели). В отношении интеллектуальных прав таким реестром является Реестр Службы по интеллектуальной собственности (*Intellectual Property Office*).

Такая двойная регистрация залога интеллектуальных объектов специалистами расценивается как серьезная проблема для правоприменения. Предлагается создать единый реестр на основе реестра залога имущества юридических лиц, в котором необходимо указывать все данные о заложенных правах на объекты интеллектуальной собственности.²³⁷

Таким образом, система регистрации залога в Великобритании значительным образом отличается от российской системы и, как представляется, не соответствует современным мировым тенденциям упрощения

²³⁶ Bromfield V., Runeckles J. (2006) Taking Security over Intellectual Property: A Practical Overview // *European Intellectual Property Review*

²³⁷ Lacy J. (2010) The reform of UK personal property security law: comparative perspectives // *Routledge Cavendish*. P. 285, 286, 306, 315; Демьянченко Д.А. Сравнительно-правовой анализ процедуры государственной регистрации залога исключительного права на товарный знак в законодательстве России и иностранных государств // *Безопасность бизнеса*. 2015. № 2

законодательства. В сравнении с английским вариантом российские нормы в области регистрации залога исключительных прав на товарные знаки представляются более удобными и современными.

В США регистрация залога исключительных прав осуществляется в Службе по регистрации патентов и товарных знаков США (*the United States Patent and Trademark Office*), при этом не имеет значения, зарегистрированы товарные знаки или нет, залог права на товарный знак обязателен для государственной регистрации.

В США также имеется удвоение регистрации залога исключительных прав, так как стороны в отношении одного и того же объекта могут зарегистрировать залог в федеральном реестре либо реестре штата. В связи с этим для большинства специалистов является спорным вопрос о приоритете законодательства о регистрации. Для решения данного вопроса американские специалисты предлагают регистрировать залог исключительного права одновременно путем подачи заявления Секретарю штата и в Службу по регистрации патентов и товарных знаков США.²³⁸

Однако в Германии, чья правовая система оказывает традиционно сильное влияние в отношении российской правовой системы, регистрация залога исключительного права носит факультативный характер.

²³⁸ Knopf H.P. (2002) Security interests in intellectual property and enforcement issues – an insolvency perspective. Toronto

Согласно немецкому Закону о товарных знаках договор залога интеллектуального права на товарный знак может быть зарегистрирован в государственном реестре Органа по товарным знакам и патентам (*Deutsches Patent und Markenamt*) по соглашению сторон.

Таким образом, действительность договора залога не связывается с фактом его регистрации. Основной практической целью регистрации договора залога исключительного права по смыслу законодательства Германии является упрощенный порядок последующей передачи права при неисполнении правообладателем основного обязательства, который называется «добросовестным» приобретением права.

Несмотря на близость российской и германской правовых систем, реализация германской модели в настоящее время представляется невозможной в российских реалиях.

В нашей стране законодатель исходит из защиты интересов, прежде всего, залогодержателя, и обязательная государственная регистрация залога исключительных прав представляет собой дополнительную гарантию защиты их прав.

Однако нельзя отрицать, что германская система отражает высокий уровень правовой культуры граждан. Представляется, что дальнейшее развитие института залога исключительных прав и совершенствование правовой культуры в российском обществе, в конце концов, приведет к замене обязательной регистрации на факультативную.

(iii) Секьюритизация интеллектуальных активов как способ их вовлечения в гражданский оборот

Секьюритизация (от англ. *securities* — «ценные бумаги») – это одна из форм привлечения финансирования, которая обычно относится к объединению различных финансовых активов и к выпуску новых ценных бумаг, подкрепленных этими активами. В свою очередь такие активы, как правило, генерируют стабильные денежные потоки, то есть это могут быть любые претензии, которые имеют разумно предсказуемые потоки наличности.²³⁹

Таковыми могут быть, например, портфель ипотечных кредитов, автокредитов, лизинговые активы, коммерческая недвижимость, генерирующая стабильный рентный доход и др.

Секьюритизация активов интеллектуальной собственности, то есть кредитование частично или полностью под активы интеллектуальной собственности – это совершенно новое явление, даже в развитых странах.

Суть кредитования под активы интеллектуальной собственности заключается в получении банком или иной организации, выпустившей ценные бумаги, стабильного дохода

от использования исключительных прав на РИД для обеспечения этих ценных бумаг.

Каким образом может быть использовано исключительное право на РИД?

Прежде всего, секьюритизация возможна для будущей уплаты роялти по лицензионным договорам в отношении патента на изобретение, полезной модели или промышленный образец, также в отношении прав на товарный знак, на объекты авторских или смежных прав.

Однако не каждый РИД способен иметь необходимую обеспечительную силу. Так, очевидно более надежным в этом смысле будет уже известный на рынке бренд, нежели только что зарегистрированный товарный знак, еще мало известный потребителю.

Рассмотрим самые яркие примеры успешной секьюритизации РИД

Один из самых известных случаев секьюритизации РИД связан с выплатой роялти за использование песен рок-музыканта Дэвида Боуи, которая началась еще в 1997 году и принесла певцу доход в размере 55 млн долларов США.

В 2002 году кинокомпания *DreamWorks* получила около 1 млрд долларов США благодаря секьюритизации исключительных прав на фильмы, проведенной с целью рефинансирования невыплаченных кредитов.

В 1993 году секьюритизация известного во всем мире бренда женской и мужской одежды и аксессуаров *Calvin Klein* принесла правообладателю доход в размере около 58 млн

²³⁹ Секьюритизация активов интеллектуальной собственности – новая тенденция // URL: http://www.wipo.int/sme/ru/ip_business/finance/securitization.htm (дата обращения: 28.02.2017).

долларов США. Это один из ярчайших примеров успешной секьюритизации исключительных прав на товарный знак.²⁴⁰

Так почему же секьюритизация до сих пор не используется активно даже в странах с развитой экономикой и правопорядком?

Причиной непопулярности такого способа распоряжения исключительным правом на РИД являются особенности объектов интеллектуальной собственности как таковых. В отличие от недвижимости, например, права на объекты интеллектуальной собственности являются нематериальными активами, что обуславливает сложности в определении их стоимости и потенциальной обеспечительной силы. В связи с этим секьюритизация прав на РИД связана с целым рядом коммерческих рисков.

Во-первых, действительно, сложно оценить потенциальную обеспечительную силу прав на тот или иной объект интеллектуальной собственности. Для этого необходимо проводить оценку нематериального актива, которая также не гарантирует успешность секьюритизации в дальнейшем.

Во-вторых, необходимо дополнительно проводить оценку рисков и возможных затрат, связанных с использованием прав на тот или иной РИД (*due diligence*), поскольку расходы и возможные риски могут быть существенными.

В-третьих, в отличие от той же недвижимости, стоимость прав на РИД может существенно меняться, что не позволяет

²⁴⁰ Nigel Jones, Ann Hoe. IP-backed securitisation: realizing the potential // Building and enforcing intellectual property, value 2006.

пока отнести их к источнику стабильных денежных потоков. Такой риск относится, прежде всего, к патентам на изобретения, полезные модели и промышленные образцы, которые могут устаревать.

Отечественная практика секьюритизации прав на РИД, как впрочем, и практика совершения иных сделок, осложняется тем, что значительный объем доступных сегодня решений, могущих послужить основой для создания новых продуктов, находится в ведении государственных научных и образовательных учреждений и фактически закрыт для рынка.

Федеральными законами «О науке и государственной научно-технической политике» и «Об образовании» предусмотрен только такой механизм коммерциализации государственных РИДов, как предоставление исключительной лицензии дочерним обществам, созданным с участием государственного учреждения.

Невозможность отчуждения прав в пользу коммерческой организации или совершения иных сделок (в том числе и залога, доверительного управления или простого товарищества) воспринимается участниками гражданского оборота как существенный риск: во-первых, потому что ставит партнера в зависимость от действий и решений органов управления учреждения (которые не всегда имеют предпринимательскую мотивацию и могут носить не координационный, а субординационный характер в силу статуса учреждения); во-вторых, отсутствие возможности у проектной компании распоряжаться правами также является препятствием для привлечения венчурного финансирования. Сделки с «исключительной лицензией» как с имущественным

правом хотя и возможны с точки зрения «чистой цивилистики», но на практике не совершаются, так как фактически приводят к замене стороны лицензионного договора – а это не допускается указанными выше федеральными законами.

Представляется, что накладываемые законом меры, направленные на недопущение хищений и злоупотреблений в отношении РИД, созданных за счет бюджетного финансирования, оказались чрезмерными – и вместо заключения предусмотренных законом сделок стороны могут использовать варианты обхода закона, чтобы получить доступ к охраняемой информации – и в этом случае государственная казна вообще не получает вознаграждения или компенсации, а участники рынка выдавливаются в «серую зону».

Несмотря на все указанные риски и недостатки, секьюритизация прав на РИД продолжает внедряться в экономику, что связано с активным ее развитием в русле инноваций. В последние годы именно нематериальные активы, представленные, прежде всего, правами на объекты интеллектуальной собственности, становятся главным «оружием» компаний в конкурентной борьбе. А это значит, что ценность таких активов зачастую может превышать ценность даже самых надежных материальных активов.

Поэтому мы полагаем, что количество сделок, связанных с секьюритизацией прав на РИД, в ближайшие годы увеличится по всему миру, и вскоре секьюритизация прав на РИД станет повседневностью и для российской экономики.

3.05 Способы защиты дизайна при отсутствии регистрации: международная практика

Известны и широко применяются в большинстве стран два основных способа защиты прав на разработанный дизайн, в соответствии с которыми дизайн может рассматриваться как:

- произведение авторского права
- промышленный образец

Для возникновения, осуществления и защиты авторских прав на произведение дизайна не требуется регистрации произведения или соблюдения каких-либо иных формальностей.

Защита дизайна в качестве промышленного образца, напротив, требует регистрации. Например, в соответствии с российским законодательством, это патент на промышленный образец.

Согласно п.3 ст.1354 ГК РФ, защита предоставляется на основании патента в объеме, определяемом совокупностью существенных признаков промышленного образца, нашедших отражение на изображениях внешнего вида изделия, содержащихся в патенте на промышленный образец.

На практике основным вопросом становится разграничение охраны авторским правом от охраны

утилитарных элементов такого дизайна. Именно поэтому дизайн может охраняться практически всеми способами, требующими регистрации: объемный товарный знак, патент на промышленный образец (дизайн), фирменная одежда. Примером может служить бутылка *Coca-cola*, которая в различные периоды времени охранялась всеми этими способами (и практически все современные ее вариации охранялись сразу всеми).

При этом нефункциональные элементы дизайна могут охраняться авторским правом. Как, например, мебель необычных форм. Наличие столешницы и ножек – утилитарно, оно выполняет конкретную функцию. Необычная форма, оригинальное исполнение ножек – охраняется авторским правом, даже если не может считаться самостоятельным произведением скульптуры. В этом случае дизайн получает охрану по общим правилам Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений. Разумеется, в 1886 году сложно было представить разнообразие объектов, которые возникнут спустя столетие (и их коммерческую ценность). Поэтому в настоящее время дизайн получает охрану в соответствии с новыми нормами.

Примером «двойкой» охраны служит одна из норм ТРИПС – охрана текстильных образцов (п.2 ст.25). Соглашение предусматривает, что соответствующие нормы должны быть внесены непосредственно в законодательство о промышленных образцах или законодательство об авторском праве. Таким образом, выбор остается за национальными ведомствами и законодателями.

По сравнению с авторским правом защита дизайна как промышленного образца считается более предпочтительной, так как:

- снижает риски нарушения прав на сходные объекты дизайна (за счет проверки новизны и оригинальности при экспертизе заявленного на патентование дизайна);
- в случае возникновения спора позволяет проще и более гарантированно обосновать свои права (за счет выделения существенных признаков и наиболее важных особенностей внешнего вида).

На национальном уровне вопрос правового регулирования произведений дизайна решается по-разному. В одних странах предусмотрена возможность только охраны путем получения патента (США, Индия, Канада). В других допускается одновременное применение авторского и патентного права (Франция, Германия), в третьих предусматривается выбор одного из указанных режимов (Италия, Великобритания)²⁴¹.

Другой возможный вариант охраны – регистрация объемного товарного знака. Но в некоторых странах (например, в юго-восточной Азии) это достаточно сложно. В таком случае правообладателю приходится опираться на сочетание авторского права и законов о защите конкуренции,

²⁴¹ Николаева М.Н. Правовая охрана дизайна (модели) одежды / диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук

в случае, если копирование дизайна может привести к смешению товаров и введению потенциальных потребителей в заблуждение.

Анализ законодательства зарубежных стран показывает, что в ряде стран с развитой экономикой, а также на уровне Европейского союза, реализована более гибкая система охраны, которая для бизнеса является наиболее эффективной, в большей степени отвечает его интересам. Такая система предусматривает специальную защиту дизайна не только при наличии патента на промышленный образец, но и без его регистрации. Исключительное право на дизайн без регистрации является правом *sui generis*, которое возникает вне зависимости от регистрации или иных процедур с момента создания, однако предоставляется на более короткий срок по сравнению с патентной формой охраны дизайна.

(a) Европейский союз

В Европейском союзе законодательство о дизайне включается в себя нормы о зарегистрированных и незарегистрированных объектах дизайна на основании Постановления Совета (ЕС) No. 6/2002 от 12 декабря 2001, которое закладывает основы охраны так называемых *Community Designs* – охраняемых в Евросоюзе произведений дизайна. Дальнейшее регулирование осуществляется в соответствии с национальным законодательством государств,

которое, в свою очередь, опирается на Директиву 98/71/ЕС от 13 октября 1998 г.

Наибольший интерес представляют случаи охраны незарегистрированного дизайна. В Европейском союзе *Unregistered Community design* начиная с 6 марта 2002 г. получает охрану при выполнении несложных условий: дизайн должен быть публично обнародован в стране Евросоюза, и если в течение 12 месяцев после обнародования не была подана заявка на регистрацию, то право на подачу заявки прекращается, и в дальнейшем объект продолжает охраняться только в качестве незарегистрированного дизайна.

В случае обнаружения нарушения правообладатель должен доказать следующее:

- 1) Дату и место первого раскрытия дизайна.
- 2) Подтверждение, что указанный дизайн действительно является раскрытым ранее объектом (особенно то, что касается индивидуального характера).
- 3) Подтверждение, что среди потенциально заинтересованных лиц (например, среди представителей конкретной профессии) в ЕС было известно о раскрытии.
- 4) Подтверждение, что предполагаемый производитель контрафактного товара действительно скопировал дизайн.

На охрану незарегистрированного дизайна распространяются общие правовые требования к дизайну как

объекту правовой охраны включают в себя новизну и индивидуальный характер (п. ст. 4 Постановления No. 6/2002). Индивидуальный характер означает, что общее впечатление, которое производит дизайн на информированного потребителя, отличается от общего впечатления, производимого на такого потребителя любым дизайном, который был обнародован до настоящего момента. В случае незарегистрированного дизайна временной период исчисляется не с момента регистрации дизайна, а с момента публичного обнародования дизайна (п.1 ст.6 Постановления No. 6/2002).

Незарегистрированный, но доведенный должным образом до общего сведения дизайн охраняется 3 года с момента его раскрытия без возможности продления срока.

Такой короткий срок охраны объясняется тем, что эти нормы направлены во многом на модную индустрию, в которой жизненный цикл, в течение которого дизайн представляет какую-то коммерческую ценность, достаточно короткий, и регистрация часто сменяющихся модных тенденций не оправдана. Но в настоящий момент в аналогичную ситуацию также попадают и компьютерные интерфейсы. Из-за их частого обновления регистрировать каждую новую версию для того, чтобы получить охрану на 25 лет, может быть невыгодно.

В настоящий момент на рассмотрении в Мексике находится предложение Евросоюза относительно текста торгового соглашения между ЕС и Мексикой, которое, в том числе, предусматривает взаимную охрану незарегистрированных дизайнов.

При этом в настоящий момент Мексика не предоставляет охраны дизайнам, если они не были официально

зарегистрированы в Институте индустриальной собственности (IMPI).

(b) Великобритания

В Великобритании дизайн получает автоматическую защиту в течение 10 лет с первой продажи или 15 лет с момента создания – в зависимости от того, что наступит раньше. Но данное право относится только к трехмерным дизайнам.

Ключевой пример – дело Карен Миллен (*The Court of Justice of the European Union decision (C-345/13)*, June 19, 2014, дело *Karen Millen Fashions Ltd v. Dunnes Stores*). Карен Миллен предъявили обвинение в том, что Даннс Сторз скопировали три женских кофточки. В ответ Даннс утверждали, что, во-первых, изделия не обладают индивидуальными характеристиками, во-вторых, Карен Миллен, в свою очередь, должны доказывать такой индивидуальный характер.

Суды всех инстанций вынесли решение в пользу Карен Миллен. По второму вопросу суды пришли к выводу, что правообладатель не обязан доказывать индивидуальный характер дизайна, но должен указать характеристики, составляющие индивидуальный дизайн. Несмотря на то, что все элементы, использованные в изделиях Карен Миллен, были известны по отдельности, их комбинация все равно может составлять индивидуальную характеристику.

При этом в деле *John Kaldor Fabricmaker UK Ltd v Lee Ann Fashions Ltd*. (2014) суд не отрицал, что узор тканей истца и ответчика производил одинаковое впечатление, но иск не

был удовлетворен, так как истец не смог доказать, что ответчик не создал свой дизайн независимо.

В решении по делу *G-Star Raw CV v Rhodi Ltd* (2015) британский суд прямо указал, что оценка дела в отношении дизайна отличается от аналогичных процедур в отношении авторского права. В данном случае бремя доказывания того, что модель джинсов скопирована, было снято с истца, так как он доказал существенную схожесть.

(c) США

В США нет законов, охраняющих дизайн, кроме как в виде патентов на дизайн (*design patents*), которые, как объяснялось выше, не всегда целесообразны, а в данной стране еще и достаточно ограничены и связаны с большими затратами на получение.

При этом в 2007-2009 гг. в Конгрессе были предложены три билля *H.R. 2033*, *S. 1957* и *H.R. 2196*, которые могли бы наделить дизайн одежды охраной *sui generis* на три года.

В практике судов США встречаются случаи охраны незарегистрированных дизайнов. Один пример: дело *National Theme Productions, Inc. против Jerry B. Beck, Inc. и Whimsicality, Inc. v. Rubie's Costumes Co. Inc.* В данном случае суд признал, что назначение маскарадных костюмов отличается от функции обычной одежды, а свобода творчества дизайнера не ограничена функциональностью вещи. Поэтому костюмы признали охраноспособными. Суд указал, что авторское право не распространяется на функциональные, утилитарные

элементы, но маскарадные костюмы полностью охраняются авторским правом.

Интересен также и ряд дел, в которых дизайнерские объекты – например, автомобили киногероев, признавались «персонажами» – и таким образом, получали защиту в качестве объектов авторских прав.²⁴²

В остальных случаях возможна защита в качестве *trade dress*.

(d) Россия

В Российской Федерации произведения дизайна охраняются авторским правом наряду с охраной промышленных образцов и объемных товарных знаков.

Достаточно обширна судебная практика защиты прав на незарегистрированные дизайны как отечественных, так и зарубежных правообладателей: внешний вид упаковки товара, кондитерские изделия, карнизы, навесные замки, ювелирные изделия – вот далеко не полный перечень объектов, которые стали предметом рассмотрения и защиты.

Одним из наиболее показательных примеров можно считать Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.09.2009 №09АП-13024/2009 по делу

²⁴²

См., например, https://zakon.ru/blog/2015/10/15/betmobil_nastolko_krut_chno_on_udostoilsya_zh-aniya_obekta_avtorskix_prav

№А40-7200/09-110-86. Исковые требования «ПО АРС» о защите исключительного права на произведение и обязанности ответчика прекратить нарушение исключительного права истца на данное произведение были удовлетворены, поскольку представлены доказательства, свидетельствующие о том, что ответчик без согласия истца как правообладателя незаконно использовал произведение дизайна – внешний вид кремово-бисквитного торта, исключительное право на использование которого принадлежит истцу. Суд первой инстанции посчитал, что торт относится к «объектам неустойчивой формы», нарушений товарного знака нет, поэтому товар не был признан контрафактным. Суд апелляционной инстанции при пересмотре дела изучил предоставленные ответчиком изображения различных тортов, в оформлении которых использованы отдельные элементы дизайна торта под вопросом и пришел к выводу, что само по себе использование сложившихся стандартов кондитерского производства не исключает того обстоятельства, что в результате творчества дизайнера появится результат в виде оригинального произведения, новизна которого проявляется в особом отборе существующих средств и черт, их переработке и уникальном сочетании, построении тем самым самостоятельного не лишённого своеобразия произведения дизайна, что и имело место в рассматриваемом случае.

Также суд признал охраняемым незарегистрированный дизайн в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 20.11.2014 № С01-1128/2014 по делу № А40-13480/2014. В данном случае речь шла о защите ювелирных изделий, а конкретно – колец. Суд признал дизайн охраняемым. Истец доказал принадлежность ему прав, предоставив договоры с

дизайнерами и документы, подтверждающие даты обеспечивающие возможность размещения, распространения и опубликования произведения в каталогах и на сайте в сети использования дизайна сайта www.klimov.ru, что Интернет. подтверждается копиями (скриншотами) страниц сайта, приобщенными к материалам дела».

(е) Защита программных интерфейсов

Бесперспективным представляется распространение такой практики на интерфейсы. В странах прецедентной системы права переход происходит с некоторыми сложностями, так как первые дела были рассмотрены задолго до того, как возможность создавать приложения, веб-странички и даже программы получила массовый характер.

Например, в решении 821 F. Supp. 616 по делу *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corporation and Hewlett-Packard Company* (1993 год) отмечалось, что креативность (творческий характер) интерфейсов во многом ограничены производительностью. Сегодня зависимость этих факторов не так важна и проявляется по-другому. При этом охрана интерфейсов особенно важна в эпоху сайтов-клонов: охрану должен получать сам интерфейс как объект, а не идеи, принципы, функциональность, так как они несут утилитарную функцию. Такой пример встречается в практике Мосгорсуда. Решение №3-607/2016 по иску Акционерного общества «Климов» к *Webxile Technologies* (Вебсайт Технолджис) о защите исключительных прав на дизайн сайта, используемый на сайте ответчика: судом было установлено, что «в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» на сайте www.oooamiks.ru были созданы технические условия,

Таким образом, суд признал сайт нарушающим права интеллектуальной собственности не из-за размещения литературных, фотографических или аудиовизуальных произведений, как это обычно бывает на практике, но непосредственно из-за копирования дизайна самих страниц. Иск был удовлетворен, ответчика обязали прекратить создание технических условий, обеспечивающих размещение, распространение и иное использование дизайна сайта.

Раздел IV. Развитие права интеллектуальной собственности: долгосрочные прогнозы

4.01 Введение

В информационную, цифровую эпоху движущей силой экономического роста и развития является, в первую очередь, технологический прогресс.

В ближайшие двадцать лет значение технологий будет возрастать, так как внедрение новых технологий с каждым годом происходит быстрее, а инновационные циклы становятся короче. Распространение технологий позволяет использовать новые бизнес-модели и, в конечном счете, содействует экономическому росту. Расстояние между инноваторами и теми, кто использует технологии, в прошлом играло значительную роль, замедляя внедрение технологий. Сегодня цифровое пространство устраняет любые препятствия для коммуникаций и стимулирует интенсивный обмен информацией и технологиями по всему миру.

Одним из важнейших элементов успешного распространения технологий является наличие способности и компетенций для ее применения, использования и последующего воспроизводства. Для одних случаев (например, применительно к мобильным телефонам) у получателей технологии отсутствует необходимость в ее понимании. Применительно к другим технологиям такое понимание может быть необходимым. Их успешное применение может быть связано не только с дополнительным обучением и значительными организационными усилиями, но также с инвестициями в

сопутствующее оборудование и инфраструктуру. Во многих случаях, внедрение технологий требует проведения специальных исследований и разработок для обеспечения их совместимости с уже имеющимся оборудованием или используемыми продуктами и для адаптации технологий в зависимости от собственных потребностей.

Как указывается в исследовании 2015 г., проведенном Всемирной организацией интеллектуальной собственности, применительно к сложным технологиям **различие между способностью к внедрению технологий и способностью к инновациям постепенно стирается.**²⁴³

С развитием технологий напрямую связан рост значения интеллектуальной собственности.

С середины 80-х гг. XX века наблюдается тенденция роста значения интеллектуальной собственности в экономике, а в дальнейшем – в геополитике и в быту обычного человека. Эта тенденция выражается в росте количества заявок на патенты, количества сделок с объектами ИС, в изменении структуры активов глобальных компаний («смещении» стоимости в нематериальные активы), в выходе на лидирующие позиции игроков международного рынка, которые зарабатывают на использовании интеллектуальной собственности (Google, Apple, IBM и др.), появлении и закреплении на рынках так называемых «фаблесс-компаний» (fabless companies).²⁴⁴

²⁴³ Breakthrough Innovation and Economic Growth. WIPO, 2015.P.35.

²⁴⁴ Fabless company (от англ. fab (fabrication) – производство и -less — суффикс, обозначающий отсутствие) – компания, которая

Важно отметить, что за последние несколько десятилетий центр экономической активности сместился, и капиталовложения в нематериальные активы или «интеллектуальный капитал» стали превосходить по своему объему инвестиции в материальные активы.

Политика в области интеллектуальной собственности становится инструментом международного влияния и давления (например, обязательства России, связанные с вступлением в ВТО), растет объем и значение «интеллектуальной ренты» (дохода от использования интеллектуального капитала). Но и обычный человек оказался участником рынка интеллектуальной собственности – развитие технологий и, в первую очередь, информационно-коммуникационных технологий (ИКТ), сделало миллионы и миллионы обывателей участниками процессов создания и использования объектов интеллектуальной собственности.²⁴⁵

Рост и увеличение применительно к любым сферам деятельности стали приоритетом современного человека и фактической заменой или эквивалентом понятия

специализируется только на разработке и продаже микроэлектроники, но не имеет собственных производственных мощностей. Чтобы изготовить свою продукцию, такая компания передает технологию и размещает заказ на специализированном производстве других компаний.

²⁴⁵ Приведем в пример США. Так, американский гражданин средних лет, не имеющий ни одного штрафа за превышение скорости, может иметь условную судимость за нарушение *copyright*. Или, например, обыватель, создавший Интернет-мем ‘Grumpy cat’, сделал на одной фотографии миллиардный бизнес.

«развитие».

Этой тенденции поддается и интеллектуальная собственность – рост и увеличение количества патентов, объема прав и правовой защиты считаются положительными сами по себе, становятся самоцелью. Однако достигнутые результаты и цифры совсем не обязательно свидетельствуют о понимании реального положения вещей. Так, совсем не очевиден ответ на вопрос, что же является первичным: рост благосостояния или рост активности в сфере интеллектуальной собственности. Здравый смысл подсказывает, что экономический спад должен подстегивать хозяйствующих субъектов к инновациям, поискам новых решений и способов давления на конкурентов. Но на растущем рынке места хватает практически всем, а потому борьба за чистоту осуществляется, как правило, в целях сохранения репутации или ради заработка на компенсациях. На сжимающихся рынках, напротив, выдавливание, ограничение конкурентов становятся актуальной задачей, которую помогают решать, в первую очередь, средства интеллектуальной собственности.

Влияние информационных технологий на сферу интеллектуальной собственности оценивается неоднозначно.

Цифровые технологии, несомненно, упрощают «пиратство» и затрудняют использование традиционных способов защиты авторского права и смежных прав. По идее, такие процессы должны способствовать снижению экономического роста в сфере оборота объектов

авторского права. Однако, как показывают исследования, активное развитие пиринговых сетей не привело к уменьшению объемов новых музыкальных релизов и новой кинопродукции. Отмечалось даже улучшение в их качестве. Важно иметь в виду, что правообладатели в целях завышения своих убытков нередко используют для экономического анализа не вполне корректную методологию, поскольку далеко не все незаконно скачанные копии можно рассматривать как замену легально приобретенным экземплярам произведения.

Исследования показывают, что в большинстве отраслей экономики патенты редко являются основным средством для возврата инвестиций и получения прибыли. Во многих отраслях преимущества, полученные тем, кто первый вышел на рынок, быстрое освоение и внедрение технологий в производство, а также множество других факторов оказываются, как минимум, не менее важными, чем своевременное получение патентов. Экономисты в целом солидарны относительно того, что значение прав интеллектуальной существенно различается в отдельных отраслях и сферах деятельности, а связь между такими правами и общественным благосостоянием является чрезвычайно сложной.

Инвестиции в интеллектуальный капитал связаны, прежде всего, с тем, что интеллектуальная собственность предоставляет необходимые правовые инструменты для того, чтобы поддерживать и усиливать конкурентные преимущества, полученные от новых продуктов, оборудования или услуг. Инновации становятся ключом к экономическому успеху не только отдельных компаний и

отраслей, но также и различных стран.

Важно отметить, что речь идет не о стандартной конкуренции, основанной на различных улучшениях продуктов, а о **динамической конкуренции**, благодаря которой разрабатываются новые продукты и создаются новые рынки. «Вследствие ускорения внедрения инноваций в высокотехнологичных отраслях возникла конкуренция нового типа — динамическая... Инновации в подобных отраслях приводят к возникновению новых рынков и почти полному разрушению старых»²⁴⁶. Шумпетер называл такую конкуренцию «созидательным разрушением» (*creative destruction*).

Успех инновационного развития зависит от многих факторов. В их числе, первостепенную роль будет играть государство, которое в большинстве развитых экономик до сих пор является основным источником для финансирования фундаментальных научных исследований и дорогостоящих научных разработок. Рынок также способствует развитию инноваций, так как ускоряет коммерциализацию новых продуктов и в конечном счете обеспечивает их массовое производство и распространение по доступной цене. Не меньшее значение играет координация взаимодействия и обмена знаниями между различными научными и профессиональными сетями, т.е. организация коммуникационных процессов.

²⁴⁶ Соколова Е. Конкуренция на инновационных рынках: особенности определения и анализа // Вопросы экономики. 2012. № 9. С. 126-138 URL: <http://institutiones.com/innovations/2102-konkurenciya-na-innovacionnyx-rynках.html>

Исключительные права могут использоваться как для стимулирования инноваций, так и для защиты иных интересов. Их воздействия сильно зависят от особенностей экономики конкретной страны (структуры производства, научной и технологической инфраструктуры, степени развития венчурного капитала, размеров рынка, и др.), в то же время до сих пор ни одним исследованием не доказана причинно-следственная связь между мерами по защите ИС и развитием экономики.²⁴⁷

Современное общество характеризуется высокой степенью сложности. Такая сложность требует, чтобы право интеллектуальной собственности находило точки соприкосновения и устанавливало необходимое равновесие между разнообразными интересами, с которыми связана разработка инноваций, интеллектуальное творчество и распространение результатов интеллектуальной деятельности.

Так, в области авторского права следует принимать во внимание тот факт, что конфликт интересов имеет место не только между владельцами интеллектуальной собственности и пользователями, но также между первоначальными авторами и индустрией авторского права, которые образуют две различные группы правообладателей. Речь идет об интересах индивидуального новатора или творца, общества, потребителей и интересы поощрения инвестиций в производство новых знаний. Как отмечает Ф. Гарри: «В

мире, где все эти интересы способны быть выражены и сообщаться мгновенно по всему миру, напрямую через Интернет или социальные медиа, рассматривать интеллектуальность собственности как служащую только для одной группы интересов становится анахронизмом»²⁴⁸

²⁴⁷ Correa C. Intellectual Property: How Much Room Is Left For Industrial Policy? //UNCTAD/OSG/DP/2015/5 No. 223 October 2015. P.11

²⁴⁸ Gurry F. Re-Thinking the Role of Intellectual Property. Melbourne Law School on 22 August, 2013. P.16 URL: http://www.wipo.int/export/sites/www/about-wipo/en/dgo/speeches/pdf/dg_speech_melbourne_2013.pdf

4.02 Основные проблемы, связанные с дальнейшим развитием права интеллектуальной собственности

(а) Появление новых объектов интеллектуальной собственности, способов их использования и сфер применения

Новые технические средства, новые технологии позволили создавать новые нематериальные формы и новые объекты интеллектуальных прав (мультимедийные произведения, сложные объекты). И этот процесс продолжается: появляются системы дополненной реальности, прикладные продукты, использующие искусственный интеллект (*Watson*, робо-автомобили, роботы). Аддитивные технологии приводят к кластеризации производств и, вполне возможно, в будущем они приведут к деиндустриализации ведущих экономик. Появились новые способы использования объектов ИС и даже целые сферы, где ранее интеллектуальная собственность не использовалась (например, социальные сети, файлообменники, Интернет вещей). Развиваются новые формы сотрудничества исследователей и авторов. В то же время с удивлением приходится констатировать, что все это новое – «хорошо забытое старое», представляет собой в абсолютно подавляющем большинстве случаев

воспроизведение старых феноменов и инструментов в новых формах. Более совершенных и технологичных, но не качественно новых.

Изобретательская активность и бурное развитие международных экономических связей обеспечили развитие интеллектуальной собственности в XX веке – и были связаны с появлением таких новых объектов интеллектуальной собственности, как полезная модель, программа для ЭВМ, база данных, топология микросхемы, селекционное достижение. Все они стали самостоятельными объектами охраны в большинстве юрисдикций, получили соответствующее закрепление в международных договорах и актах.

Но не до конца еще решены проблемы поиска адекватных форм для защиты, например, таких результатов интеллектуальной деятельности, как штаммы микроорганизмов, архитектура микропроцессоров.

В отношении штаммов практикуется депонирование в централизованных коллекциях с последующим оформлением патента на изобретение. При этом правообладатель сталкивается с дилеммой: если штамм идентифицировать и описать исчерпывающе подробно, о нем узнают и его будут применять во всем мире, а во всем мире оформить патенты невозможно, к тому же оказывается затруднительным мониторинг нарушений и сбор доказательств использования данного штамма. А если правообладатель опишет штамм некорректно или недостаточно точно, то он не получит никакой защиты, так как не сможет выявить и подтвердить ни одного случая

нарушения.

С архитектурой микропроцессоров существует аналогичная проблема: определить, какая архитектура (физический дизайн) использована в конкретном изделии, технически очень сложно, так как для этого требуется помикронно «разбирать» образец, слой за слоем, что требует значительных затрат.

Поэтому патентная защита и первого, и второго в качестве изобретений оказывается недостаточно эффективной. Основываясь на приведенных примерах, можно лучше понять проблемы, которые связаны с патентованием в сфере нанотехнологий. Патентование предполагает 100% достоверное раскрытие технического решения. Многие, особенно отечественные правообладатели, этому доверчиво следуют. Но такое раскрытие «на весь мир» должно сопровождаться соответствующей агрессивной патентной политикой в перспективных юрисдикциях, которую малые и средние предприятия (SME – *small and medium entities*) вести не в силах.

Более значимая проблема – мониторинг и доказательство нарушений. Будучи примененными на нано-уровне, запатентованные решения недоступны обычным методам исследования, и вскрыть нарушение оказывается невозможно. Между тем, современная юриспруденция требует, чтобы в суд были представлены однозначные, объективные доказательства использования всех признаков независимого пункта формулы патента – косвенные доказательства (например, достигаемые

результаты, общая технологическая платформа и проч.).

Итак, современное технологическое многообразие, заложенное еще полвека-век назад, не привело к созданию принципиально новых форм знаний, информационного обмена и хранения информации, которые потребовали бы создания и новых юридических форм, то есть новых охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Как показывает наш анализ, и 3D-технологии, и другие аддитивные технологии бросают вызов правоприменителям (нарушителем теперь может оказаться каждый), но не нуждаются в новых формах правового регулирования с точки зрения интеллектуальной собственности. Это новые технические средства копирования, воспроизведения, более совершенные, чем ранее известные, но не требующие новой терминологии. Например, раньше для изготовления реплики автомобиля²⁴⁹ требовалось физически снять слепок с кузовных панелей оригинала или приобрести списанные пресс-формы, а сегодня 3D-технологии делают этот процесс проще – отдельные детали можно напечатать или фрезеровать, взяв модель из CAD-файла.

Аналогом 3D-печати в области биотехнологий являются биореакторы, которые позволяют по имеющейся ДНК вырастить или клонировать биологические аналоги –

²⁴⁹ Рынок автомобильных реплик может быть как цивилизованным – когда воспроизводят внешний вид классических или редких автомобилей, а может быть и «пиратским» – когда из обычной малолитражки и серийных компонентов изготавливают копию современного суперкара. См, например: https://en.wikipedia.org/wiki/Kit_car ; <https://www.sema.org/replica>

ткани, а в перспективе – органы и живые организмы. С точки зрения интеллектуальной собственности, здесь основным объектом защиты выступает выделенная последовательность ДНК – естественная, или измененная, а дополнительным – способ получения.

Сегодня они укладываются в рамки обычных представлений об изобретениях, но возможно в будущем получат самостоятельное развитие. По аналогии со штаммами микроорганизмов, здесь результат интеллектуальной деятельности достигается за счет взаимодействия, сотрудничества изобретателя и природных сил, нередко заключается он в применении для другого организма изначально заложенного природой свойства. Заслугой исследователя является, прежде всего, выявление этого свойства и закономерности его появления, воспроизводства. В этом смысле можно сказать, что достижения геной инженерии сродни открытиям.

Начало прикладного использования искусственного интеллекта и роботов поставило вопрос о возможности предоставления правовой охраны результатам их деятельности, созданным с участием человека (о результатах, созданных без вмешательства человека речи пока не идет) – но здесь юристы не видят повода для творчества, полагаясь на традиционные доктрины, типа *work-for-hire*, и наделяя правами на созданные результаты человека, причем независимо от степени и характера его творческого вклада в процессе образования результата.

(b) Расширение субъектного состава авторов и правообладателей

Многочисленное удешевление технологий открыло доступ к созданию результатов интеллектуальной деятельности широкому кругу людей.

В нашем современном мире *создавать объекты ИС может каждый*.

Во-первых, с помощью Интернета и социальных сетей каждый имеет доступ практически к любой информации, которую может использовать для создания новых РИД. Во-вторых, появилась возможность использовать программные инструменты для быстрого создания РИД. Наконец, в-третьих, появились возможности доведения своих работ до всеобщего сведения быстро и без затрат.

Можно сказать, что право интеллектуальной собственности было к этому не готово. В те эпохи, когда становилось авторское и изобретательское право, профессиональное и любительское творчество не были массовыми: любительское творчество, распространенное среди знатных сословий, не нуждалось в защите, так как редко его экземпляры были предметом плагиата, а если и были – это не причиняло существенного вреда. Напротив, профессиональное творчество требовало признания за результатами творчества оборотоспособности (в виде оборота прав) и защиты от плагиата. Творчество было единственным источником существования автора, и несанкционированное использование результатов было

вопросом жизни и смерти. Отсюда и пиетет перед автором, и консервативные способы распоряжения правами (только договор, и до недавнего времени – отчуждения или лицензии), и практически полное отсутствие ограничений исключительного права.

Но современный мир принимает и платит не только за профессиональное, но и за любительское, а порой даже за случайное творчество. По крайней мере, право интеллектуальной собственности не содержит никаких критериев отличия одного от другого, и даже наоборот, подчеркивает, что никакие различия в качестве результатов не могут повлечь разницу в защите. Искусство и изобретательство утратили свой элитарный характер и стали массовыми, порою даже обывательскими, но право этого до сих пор не учитывает.

Институты интеллектуальной собственности создавались принципиально в иных условиях производства и распространения результатов интеллектуальной деятельности (РИД). Сейчас мы столкнулись с проблемой, что охраняемым РИД пытаются признать практически любой продукт интеллектуальной деятельности (ваше последнее фото на телефон, продающий текст в рекламе, дизайн страницы сайта и т.д.), который формально попадает под законодательное определение объекта ИС. При этом за нарушение прав на такие «массовые РИД» преследуют так же, как и за профессионально созданные РИД.

Баланс публичных интересов и интереса автора (правообладателя) в результате нарушился, а отсутствие

различий между профессиональным и любительским творчеством приводит к тому, что когда профессионалы (например, кинематограф) борется за свои права и усиливает защиту, одновременно это «подтягивает» и ставит на одну доску любого видеоблогера, за размещение видео которого сайт нарушителя блокируют так же, как и за трансляцию финала Суперкубка.²⁵⁰ И наоборот – когда пользователи добиваются смягчения режима правовой охраны, например, для цитирования, пародий или иллюстраций, это сказывается на бизнесе крупных производителей контента, которые терпят убытки из-за того, что их контент приравнивают к обычным пользовательским материалам.

Этот пример показывает, что возможно в ближайшем будущем потребуется выработать концептуально новый подход к охране интеллектуальной собственности.

Сейчас баланс выравнивается несколькими путями – расширением способов свободного использования произведений, снижением размеров компенсации за нарушение прав, выводом из охраняемых объектов «массовых» продуктов, отказом в защите прав лицам,

²⁵⁰ Так, например, Мосгорсуд сегодня рассматривает дела о принудительной блокировке сайтов одновременно и по искам телекомпаний «Матч ТВ», которой в РФ принадлежат права на трансляции самых популярных футбольных серий UEFA и IFL, и иски компании «Бизнес Молодость», самодельные ролики которой копируются и размещаются на сайтах-нарушителях. Стоимость трансляций, аудитория и качество материала диаметрально противоположны, а делопроизводство, применимое право и ... последствия – абсолютно одинаковы.

которые не несут убытков в связи с нарушением их прав. Но эти меры не могут быть дифференцированы по качественным признакам и быть эффективными для всех правообладателей. Юристы должны будут изобрести новые критерии охраноспособности РИД и новые способы защиты, которые не будут приводить к смещению баланса интересов и использованию инструментов интеллектуальной собственности для несвойственных им функций (например, для неосновательного обогащения, уклонения от налогов, обхода конкурсных процедур и нарушения конкуренции, отстранения кандидата на выборную должность в связи с нарушением избирательного законодательства и т.д.).

В связи с отсутствием нового подхода к охране интеллектуальной собственности мы уже столкнулись со значительными проблемами, например, в Интернет-среде. Следование традициям эпохи позднего классицизма неэффективно и приводит к крайностям: либо невозможности реализации защиты в принципе, либо к реализации таких запредельных мер ответственности, которые ведут к наказанию не только нарушителя, но и не причастных к нарушению лиц. Особенно явно несоответствие подхода видно, когда принимаемые меры, например, в виде блокировки IP-адреса в Интернете ведет к блокировке не причастных к нарушению ресурсов, а нарушитель «профессионально» уходит от меры и с успехом продолжает нарушение. При этом предлагаемые подходы решения проблемы, например, в виде «налога на Интернет» пока не учитывают интересы всех сторон.

Таким образом, возникает и назревает

необходимость разделения правового режима профессионального и любительского контента, объектов авторских прав.

Различия режимов будут заключаться в объеме правомочий, относящихся к «исключительному праву», сроке правовой охраны, последствиях нарушения права, возможностях свободного использования.

Конечно, должны быть предусмотрены механизмы превращения, перехода из одной категории в другую (например, по умолчанию всем объектам предоставляется начальная защита «любительского» уровня, а при выполнении дополнительных условий – еще и профессиональная, расширенная защита).

Основным вопросом будет являться выбор объективных критериев отличия одно от другого, не допускающих злоупотреблений и нечетких толкований. В качестве таковых могут быть предложены:

- способ и место публикации. Использование социальных сетей сразу должно указывать на «любительский уровень» – серьезные материалы, в которые вложены значительные инвестиции, в ленту попадать не должны;
- обязательность депонирования («регистрации»). Столь нелюбимая и отвергаемая всеми демократически настроенными специалистами регистрация может быть хорошим разделителем, а с учетом уровня развития технологий – выполняться онлайн в электронных формах и не требовать волокиты;

- аккредитация автора или изобретателя в профессиональном сообществе, гарантирующая хоть какой-то образовательный и интеллектуальный уровень и ответственность за достоверность и юридическую чистоту производимого контента.

Изобретения «любительского» уровня – это, прежде всего, рационализаторские предложения. Сегодня они совершенно исчезли из области ИС и, к сожалению, остаются на усмотрение конкретных организаций.

К этой же категории будут относиться прикладные селективные решения. Их правовой режим не должен быть таким же, как у полноценных изобретений – само понятие изобретения уже дезавуировано, обесценено массовыми заявками «на будущее», «в стол» и «по разнарядке».

Понятно, что правообладателю не хочется расставаться с монополией, которую он с таким трудом создавал, а потом поддерживал – с точки зрения бизнеса задача «озеленения» патента выглядит оправданной – значит, нужно создать легальные средства для этого, чтобы сохранить охрану настоящих изобретений вне критики. Возможно, для селективных изобретений следует разрешить производство «дженериков» с обязательной выплатой роялти в пользу первоначального правообладателя.

Но разделения на «легкие» и обычные изобретения пока не достаточно. Сегодня в стороне остались научные открытия. Нередко они делаются командами, решающими

прикладные задачи. Доступ к знаниям и возможности оперировать большими данными (*big data*) делают возможным открытие национального масштаба в любой лаборатории. И поскольку в наши дни никакой защиты для таких открытий не существует, изобретатели предпочитают сохранять их в секрете (скрывать!), а патентовать только конкретные решения, которые сделаны на базе такого открытия. Безусловно, такого «повышенного», усиленного режима заслуживают достижения в области геномной инженерии, иммунитета и антропологии в целом, так как они сегодня способны кардинально улучшить жизнь на земле. К усиленному режиму следует отнести и результаты в области нано-технологий.

Снова встает вопрос о критериях, но применительно к объектам патентного права, его решение более сложное и требует оценки экспертов. Например:

- для «начальных» решений упростить требования новизны и убрать изобретательский уровень (по аналогии с полезными моделями);
- для «квалифицированных» решений и открытий добавить одно или несколько новых требований, касающихся уровня решения (поднять «неочевидность» для среднего специалиста до неочевидности для ведущего специалиста, определить перечень направлений, тематик).

Различия режима могут касаться сроков предоставления охраны, территории охраны (почему бы открытия не сделать региональными или международными

сразу?), объема правомочий, порядка использования, способов защиты права и т.д.

Одновременно следует признать разумным и призыв к повышению качества патентов, и к большей эффективности, прозрачности процедур в патентных Ведомствах. Безусловно, требования к заявкам, качеству их проработки и изобретательскому уровню должны быть повышены – иначе это со временем приведет к полному обесцениванию патента и «взрыву» пузыря, когда выяснится, что за большинством патентов не стоит сколь-нибудь значимое имущественное содержание. Такой пересмотр должен начинаться на уровне международного сотрудничества, а не в «отдельно взятых» юрисдикциях, чтобы не возникало неравенство и перекосы.

Практически каждое регистрирующее Ведомство развитой страны докладывает о постоянно принимаемых мерах по улучшению процедур и сокращению сроков рассмотрения заявок. Пожалуй, только из уст прежнего руководства американского органа (USPTO) можно было услышать, что ведомство способно обрабатывать заявки быстрее, но считает это нецелесообразным, потому что так настроены «бизнес-процессы».²⁵¹

Одно из наиболее технически продвинутых Ведомств – Японский офис, планирует довести среднее время рассмотрения заявки на изобретение до 10 мес. (сейчас около 12 мес.). Сокращение сроков и большая прозрачность процедуры будут приветствоваться

²⁵¹ См.: <https://www.youtube.com/watch?v=5kV1nliE21w>

участниками оборота, в то же время получение патента не должно быть слишком простой и доступной для непрофессионалов и инвестиционных банкиров, провоцирующих нездоровый количественный рост.

Развитие технологий и диверсификация специализаций, в том числе за счет междисциплинарных направлений, приводят к тому, что заявитель становится большим специалистом, чем эксперт патентного ведомства – следовательно, органы нуждаются в поддержке систем искусственного интеллекта и возможно – общественности в лице представителей науки, экспертного сообщества, участвующих в разрешении неочевидных вопросов. Можно было бы в этих случаях выдавать патенты с оговорками, перекладывая ответственность на патентообладателя, который в случае возникновения спора должен будет сам отстаивать охраноспособность решения. Но как показывает практика, в США, где такой подход изначально закладывался в систему патентования, сегодня от нее приходится отказываться, чтобы побороться за качество патентов.²⁵²

Возможно, регистрационные процедуры перейдут на новый качественный уровень с применением *blockchain*-технологий, которые вполне могут использоваться для автоматических регистраций, осуществляемых в уведомительном порядке, без контроля со стороны правоприменителя.

²⁵² Кроме того, это приводило к патентованию бизнес-моделей, антинаучных гипотез и «рецептов счастливой жизни».

Нет пока достойного решения проблемы использования и распоряжения правами на объекты интеллектуальной собственности, созданные в соавторстве или с привлечением ресурсов третьих лиц (работодателей и инвесторов). На практике постоянно нарушается баланс интересов между авторами и лицами, оказавшими экономическое, организационное и иное содействие в создании объектов интеллектуальной собственности. В результате стороны при неуправляемых рисках и отсутствии определенности в отношении прав на РИД взаимно теряют интерес к созданию РИД и инвестициям в их создание.

(с) Интенсификация и усложнение оборота интеллектуальной собственности

Механизмы оборота объектов ИС отстают в своем развитии от потребностей рынка. Освещенная в Разделе II проблема отсутствия достаточного регулирования долей в интеллектуальном праве на наш взгляд достаточно наглядно иллюстрирует проблему: участники оборота вынуждены использовать традиционные правовые конструкции (например, создавать юридическое лицо для распределения права на РИД), которые зачастую неприменимы ко всем ситуациям или их применение настолько сложно и дорого, что участники отношений по поводу РИД не могут обеспечить свои интересы.

Корпоративное право получило хозяйственные

партнерства, опционы и альтернативные обязательства, а право интеллектуальной собственности в плане сделок не получило практически ничего, кроме возможностей предусматривать роялти в договорах об отчуждении прав и расторгать в одностороннем порядке лицензионные договоры в случае нарушения обязательств об оплате. Правовое регулирование отстает – проблемы решаются договорными конструкциями (например, совместное правообладание, открытые лицензии, пользовательские соглашения и т.д.) и техническими средствами защиты, которые могут приводить к другим крайностям и нарушать права на доступ к использованию объектов интеллектуальной собственности добросовестными участниками оборота.

Цифровые рынки не усваивают традиционные антимонопольные методы, способы регулирования. Например, доля рынка (*market share*) для цифровой среды не может быть использована как основной критерий монополизации. А перечень особенностей цифровых рынков и правила их регулирования еще не выработаны.

4.03 Геополитические тенденции в развитии права интеллектуальной собственности

Генеральный директор Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) Фрэнсис Гарри в своем выступлении 2016 г. указывает, что в любую эпоху экономическое развитие связано с борьбой идеологий. В эпоху индустриализации центром столкновения идеологий капитализма, марксизма и социализма была собственность. В цифровой век ареной идеологических дебатов становится интеллектуальный капитал и цифровое пространство.²⁵³

Экономический анализ показывает, что для стран с низким и средним уровнем экономического развития и недостаточно развитой научно-технической инфраструктурой усиление защиты интеллектуальной собственности не только не оказывает позитивного влияния на рост экономики, но и может такому росту препятствовать.²⁵⁴

²⁵³ Gurry F. Re-Thinking the Role of Intellectual Property. Melbourne Law School on 22 August, 2013. P.26 URL: http://www.wipo.int/export/sites/www/about-wipo/en/dgo/speeches/pdf/dg_speech_melbourne_2013.pdf

²⁵⁴ См.: Digital. Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth. An Independent Report by. Professor Ian Hargreaves. May 2011. P.24.

Потребители в этих странах зачастую не в состоянии нести косвенные расходы на защиту интеллектуальной собственности в виде завышенных цен на товары. Способность стран к освоению технологий зависит не столько от доступа к интеллектуальной собственности, сколько от доступа к инфраструктуре, финансам и образованию (знаниям). Как полагает правительство Великобритании, требования обеспечить адекватный уровень правовой защиты (т.е. высокий уровень защиты, соответствующий западным стандартам), которые Европа предъявляет к развивающимся экономикам, не только препятствуют росту и развитию, но укрепляют политические разногласия, касающиеся понимания роли интеллектуальной собственности.²⁵⁵

В действительности:

- правовые механизмы защиты интеллектуальной собственности являются лишь одной из предпосылок для передачи и распространения технологий;
- различные отрасли экономики используют интеллектуальные активы по-разному, а значит, различными являются и те меры, которые требуются для получения доступа к технологиям;
- использование интеллектуальной собственности

²⁵⁵ Intellectual property: UK's international strategy. Policy paper UK Department for Business, Innovation & Skills Research and development, 2011. P.15.

для получения преимуществ на зарубежных, экспортных рынках имеет гораздо больший позитивный эффект по сравнению с усилением защиты интеллектуальной собственности на национальном уровне.

В числе основных геополитических трендов, которые сохранятся и, вероятнее всего, будут усиливаться в последующие 20 лет, необходимо указать следующие:

- смещение инновационной активности, включая патентование в передовых сферах развития технологий, в азиатские страны (Китай, Японию, Корею, Сингапур и др.)
- увеличение темпов разработки и производства инновационных продуктов в странах БРИКС, которое сопровождается отходом от высоких стандартов защиты интеллектуальной собственности и поиском оптимальной модели регулирования, отвечающей интересам национальной экономики.

Новые экономические центры, такие как страны БРИКС, уже не готовы защищать интересы иностранных инвесторов, если такая защита становится препятствием для развития собственных технологий и производства. Тенденция к смещению экономической и политической силы в страны БРИКС, страны с интенсивно развивающейся экономикой, будет оказывать все большее

влияние на регулирование защиты интеллектуальной собственности как на национальном, так и на международном уровне.

На страны с разубающейся экономикой оказывается постоянное давление со стороны стран с высоким уровнем развития технологий. Один из основных аргументов заключается в том, что больше защиты будет предоставлено правообладателям, тем быстрее будет развиваться экономика. Однако справедливость данного тезиса подвергается сомнению многими специалистами. Так, нобелевский лауреат Джозеф Стиглиц указывает: «Недостаточно продуманные режимы интеллектуальной собственности не только уменьшают доступ к лекарственным средствам, но, кроме того, приводят к снижению эффективности экономики и даже могут замедлить ритм инноваций, снижая их эффективность, в особенности, в развивающихся странах»²⁵⁶. Австралийская комиссия по производительности пришла к выводу о том, что в случае, если страна является «чистым импортером» технологий, усиление защиты интеллектуальной собственности будет отвечать интересам не своих собственных, а только зарубежных правообладателей.²⁵⁷

Одним из важных вопросов является, следовательно, степень, в которой стандарты защиты интеллектуальных прав ограничивают возможности развивающихся стран по

²⁵⁶ Stiglitz J. Making Globalization Worké New York, W.W. Norton & Company, 2006. P. 103-32.

²⁵⁷ Productivity Commission 2012, Trade & Assistance Review 2010-11, Annual Report Series, Canberra, p. 100.

реализации промышленной политики, направленной на расширение местного производства и создание добавленной стоимости.

Примеры ограничений производства посредством прав интеллектуальной собственности можно найти в различных областях. Например, еще недавно шесть стран – Франция, Германия, Япония, Республика Корея, Соединенное Королевство и Соединенные Штаты – были источником почти 80 процентов всех запатентованных инноваций в области экологически безопасных технологий. Китайские фирмы старались получить конкурентоспособные технологии для местного производства ветровых турбин, но смогли добиться только лицензии и ноу-хау из второго эшелона фирм.²⁵⁸

Другим примером может служить тактика фармацевтических компаний. Для того чтобы задержать конкуренцию, эти компании, как правило, применяют большое количество «вечнозеленых» патентов на незначительные или несущественные разработки, которые могут быть использованы, чтобы задержать конкуренцию со стороны компаний, производящих дженерики, как в развитых, так и в развивающихся странах. После того, как Соглашение ТРИПС вступило в силу для Индии, местные фармацевтические фирмы были вынуждены сконцентрироваться на производстве препаратов, для которых срок действия патентов уже истек. В результате,

²⁵⁸ Khor M (2012). Climate change, technology and intellectual property rights: Context and recent negotiations. Research Paper No. 45, South Centre, Geneva.

Индия больше не могла быть поставщиком недорогих лекарств и выполнять функции своего рода «аптеки для развивающихся стран».²⁵⁹ Решение проблемы было найдено благодаря определенной правовой политике. Законодательство Индии позволяет признавать «вечнозеленые патенты» недействительными. Именно по этой причине патентов на противоопухолевые препараты в Индии лишились компании *Novartis* и *Pfizer* (*Glivec* и *Sutent*, соответственно)²⁶⁰.

²⁵⁹ Correa C. Intellectual Property: How Much Room Is Left For Industrial Policy?//UNCTAD/OSG/DP/2015/5 No. 223 October 2015. P.4.

²⁶⁰ Дугин И. Принуждение к лицензированию // «Фармацевтический вестник» Сентябрь, 2013 №2. URL: <http://www.pharmvestnik.ru/publs/lenta/obzory/prinuzhdenie-k-litsenzirovaniyu.html>

4.04 Интересы общества и потребителей как движущая сила изменений в праве интеллектуальной собственности

Для того чтобы защита интеллектуальной собственности была эффективной, крайне важно сохранять связь с общественным движением.

В современную эпоху право интеллектуальной собственности находится в центре внимания не только экономических игроков, но также категорий субъектов, таких как потребители, учреждения образования и культуры, другие некоммерческие и государственные организации. Как принимаемое законодательство, так и судебная практика должны быть созвучны с теми ожиданиями, которые связывает с интеллектуальной собственностью общество в целом. Несоответствие таким ожиданиям несет в себе риски потери социального доверия, без которого обеспечить работоспособность законодательных норм практически невозможно.

Например, авторское право в глазах широкой общественности все больше теряет признание, перестает восприниматься как моральный императив. Необходимо делать различие между осведомленностью потребителей и принятием, признанием потребителями авторского права. Первое относится к знанию, в то время как последнее

предполагает признание принципов авторского права и стоящих за ними ценностей. Много усилий было направлено на обеспечение информированности широкой общественности о существующих требованиях законодательства об авторском праве и смежных правах. В этой связи крупномасштабные нарушения авторских прав потребителей не могут быть объяснены исключительно со ссылкой на недостаточную осведомленность пользователей.²⁶¹

Точно также, происходит изменение общественного сознания в отношении понимания и признания того, как интеллектуальная собственность может быть законным основанием для монополии, если такая монополия имеет негативные последствия для общественного здравоохранения, безопасности или общественной безопасности. Уже сегодня не рассматривается как морально и социально оправданный тот факт, что владельцы патентов на лекарства против ВИЧ препятствуют производству дженериков, которое делает данные лекарства доступными для миллионов больных.

Проанализировать и дать оценку признанию авторского права достаточно сложно, но такие исследования необходимы для правильного выбора стратегий в развитии законодательства. Развитие информационных технологий, все большая скорость, легкость и доступность копирования и воспроизводства

²⁶¹ The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. IVIR. Institute for Information Law University of Amsterdam The Netherlands, 2006. P. VII.

различных продуктов повышают потребность в изменении права интеллектуальной собственности.

Революционные изменения произошли в восприятии информации: от проприетарного понимания информации, которая находится в собственности у ее владельца, к информационным ресурсам, которые, благодаря Интернет-платформам, находятся в свободном доступе и участвуют в информационном обмене. «Данный сдвиг в восприятии доступа к информации имеет существенные последствия для традиционного понимания интеллектуальной собственности, основу которого составляют собственность и исключительность»²⁶².

²⁶² Severin de Wit Challenges In Public And Private Domains Will Shape The Future Of Intellectual Property // [2014] Vol. 3 No. 1 NTUT J. of Intell. Prop. L. & Mgmt. P.29-30.

4.05 Тенденция к дифференциации правового регулирования

Если еще недавно в фокусе исследований интеллектуальной собственности был поиск единой системы регулирования с оптимальными характеристиками, то в последние годы формируется понимание того, что в различных областях (не только в зависимости от объекта интеллектуальной собственности, но и в зависимости от особенностей конкретного вида технологий) исключительные права должны регулироваться по-разному. Кроме того, усиливается интерес к исследованию и тестированию альтернативных способов регулирования.

С другой стороны, чем более сложными становятся результаты интеллектуальной деятельности, тем более очевидной становится потребность в упрощении системы регулирования. Например, в случае использования мультимедийных произведений или создания легальной базы музыкальных произведений необходимо заключение большого числа лицензионных соглашений, что является не только дорогостоящей, но и достаточно длительной и трудоемкой процедурой. Соответственно, обсуждаются и тестируются как новые формы коллективного управления (например, коллективное управления со стороны коммерческих организацией, в роли которых все чаще выступают цифровые площадки), так и специальные правовые режимы для сложных объектов. Одним из

способов упрощения оборота авторских произведений является введение специального режима для использования так называемых «сиротских произведений».

В большинстве отраслей промышленности альтернативные механизмы, такие как секретность и опережающий выход, оцениваются как более эффективные по сравнению с патентами. Исторические факты также свидетельствуют о том, что инновации часто разрабатываются независимо от патентов и являются результатом обмена знаниями и определенных культурных практик, которые стимулируют научный поиск и эксперименты.²⁶³ В секторе информационно-коммуникационных технологий, а также в иных секторах экономики, которые имеют дело со сложными технологиями, патенты используются преимущественно с целью улучшения результатов лицензирования или перекрестного лицензирования. «Патентные портфели» способны выступать в качестве важного инструмента для защиты от исков конкурирующих фирм, а также могут использоваться агрессивно, для вытеснения конкурентов с рынка.²⁶⁴ А.С. Ворожевич, объясняя причины резкого увеличения числа патентов в последнее десятилетие (феномен «патентного потепления»), приходит к следующему выводу: ««Патентное потепление» явилось закономерным следствием смены курса корпораций с патентования

²⁶³ Moser P (2013). Patents and innovation: Evidence from economic history. *Journal of Economic Perspectives*, 27(1). P.40.

²⁶⁴ Stefano Comino S., Manenti F., *Intellectual Property and Innovation in Information and Communication Technology (ICT)*. European Union, 2015. P.15.

отдельных значимых разработок («подход единственного патента») на создание существенных патентных портфолио, детерминированное целями получения конкурентных преимуществ и зачастую вытеснения иных участников с рынка»²⁶⁵.

Итак, специалисты полагают, что стратегия единой системы регулирования, которую можно охарактеризовать кратким тезисом «один размер подходит для всех» (*one-size-fits-all*), учитывая технологический прогресс, становится все менее удовлетворительной. Так, на отрасль ИКТ оказывают крайне негативные последствия как патентные тролли и патентные пулы, так и многочисленные попытки заблокировать посредством патентов активное использование технических стандартов для выпуска новых продуктов. Представители данной отрасли выступают за то, чтобы уменьшить сроки охраны и за упрощенную процедуру получения правовой защиты, поскольку «срок жизни» новых продуктов составляет в среднем не более трех лет. Фармацевтические компании, напротив, стремятся максимально продлить срок действия своих патентов, т.е. ситуация в данной отрасли существенно отличается от ИКТ.

Подход «один размер подходит всем» фактически закреплен в содержании соглашения ТРИПС.

В частности, статья 27 ТРИПС определяет, что условия защиты одинаковы для любого типа технологий, а

статья 33 устанавливает минимальный срок патентной защиты в 20 лет. Тем не менее, текст соглашения сохраняет возможность применять ограничения в отношении патентных прав в определенных областях, принимая во внимание законные интересы третьих лиц.

Ограничения не должны быть одинаковыми во всех областях техники, так как экономические и социально-политические последствия регулирования тех или иных технологий могут различаться.

²⁶⁵ Ворожевич А.С. Вызовы современным патентным системам и правовые ответы на них // "Вестник гражданского права", 2014, N 2.

4.06 Переход от парадигмы абсолютного права (проприетарной парадигмы) к парадигме ограничений

Несмотря на то, что российская юридическая наука и доктрина отрицают наличие общности между правом интеллектуальной собственности и правом собственности, на практике полный контроль правообладателя над использованием результата интеллектуальной деятельности, как и достаточно длительный срок охраны (прежде всего, в авторском праве), свидетельствуют об обратном. Как минимум, необходимо признать, что исключительное право выполняет ту же функцию по отношению к нематериальным объектам (продуктам человеческого интеллекта), что и право собственности по отношению к объектам материального мира.

При возникновении и становлении понятия «интеллектуальная собственность» имелось в виду предоставление некоторых привилегий лицам, затратившим существенные ресурсы на осуществление интеллектуальной деятельности. Механизмы предоставления охраны были реализованы через предоставление охраны результатам такой деятельности. Впоследствии развитие института пошло путем расширения перечня объектов охраны, увеличения сроков охраны, уточнения критериев охраноспособности, при этом признак создания результата в процессе интеллектуальной

деятельности отошел на второй план или был полностью исключен, например, для средств индивидуализации. В итоге получилась не столько защита интеллектуальной деятельности, сколько защита инвестиций. Говоря абстрактно, ситуацию можно описать следующим образом: понятие «интеллектуальной собственности» в процессе своего развития перевернулось с ног на голову. Применение понятия «интеллектуальная собственность» началось с завоевания Интеллектом отдельных правомочий Собственности, а в итоге пришло к господству Собственности над Интеллектом и расширением его действия на объекты, не связанные напрямую с Интеллектом.

Первоначальная цель института содействия развитию искусства и техники по-прежнему реализуется, но не как основная, а только в качестве побочного результата.

Проводя аналогию с развитием института собственности как вещного права мы можем предположить, что интеллектуальная собственность пережила период расцвета абсолютности, но сейчас реализуется тенденция к ее ограничению. Раньше собственник земли получал неограниченное право господства над своим участком. В результате появления новых общественных интересов потребовалось ограничить права собственника – сервитуты в пользу соседей, ограничение на использование воздушного пространства над участком, возможности принудительного изъятия земли для общественных нужд и т.д. Также и права интеллектуальной собственности уже претерпевают и будут дальше претерпевать новые ограничения в целях удовлетворения публичных

интересов. Геополитические цели использования интеллектуальной собственности также находят аналогии в захвате колоний развитыми странами в эпоху великих географических открытий. Аналогично захвату территорий и рынков для своей продукции технологически развитые страны с помощью интеллектуальной собственности захватывают новые рынки, ограничивают конкуренцию и извлекают несправедливое вознаграждение при распространении технологий.

Действительно, если посмотреть на историю права собственности, которое во многом определило, как развитие экономики, так и европейской цивилизации в целом, становится очевидным, что такое развитие происходило в направлении все большего ограничения правомочий собственника, социализации права собственности. «Исключительное право, – как подчеркивает А.Г. Назаров, – наоборот, из достаточно ограниченной по периоду действия и правомочиям привилегии развилось в продолжительное и широкое по объему субъективное право. Именно поэтому необходимо установить, каковы пределы этого субъективного права, как соблюсти равновесие интересов общества и правообладателя»²⁶⁶.

Чем больше сходства мы наблюдаем между правом интеллектуальной собственности и частной собственностью, тем важнее становится понимание того,

что ключевым инструментом для регулирования интеллектуальной собственности являются не только и не столько сами исключительные права, сколько определение их границ и пределов.

²⁶⁶ Назаров А.Г. Пределы осуществления исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности. М.: «Проспект», 2016. С.11.

Раздел V.

Список источников

5.01 Нормативные акты

1. Директива 2001/29/ЕС Европейского Парламента и Совета от 22 мая 2001 г. по гармонизации отдельных аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе. Доступно по адресу: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=126976. Дата обращения: 22.02.2017.
2. Директива Европейского Союза от 25 октября 2012 года 2012/28/EU об определенных случаях разрешенного использования сиротских произведений. Доступно по адресу: <http://lexdigital.ru/2012/070/>. Дата обращения 22.02.2017.
3. Директива 2014/26/EU Европейского Парламента и Совета от 26.02.2014 о коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке. Доступна по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014L0026>. Дата обращения: 22.02.2017.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 03.07.2016, с изм. от 13.12.2016).
5. Постановление Правительства РФ от 24.12.2008 № 1020 «О государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных и перехода без договора исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товара, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных» // СЗ РФ. 2009. № 2. Ст. 225.
6. Приказ Минобрнауки России от 29.10.2008 № 322 «Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по осуществлению в установленном порядке продления срока действия патента на изобретение, относящееся к средствам, для применения которых требуется получение разрешения уполномоченного на это органа в соответствии с законодательством Российской Федерации, срока действия патента на промышленный образец, свидетельства (патента) на полезную модель, свидетельства о регистрации товарного знака, знака обслуживания, свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара, а также восстановления действия патента на изобретение,

- полезную модель, промышленный образец, прекращенного в связи с неуплатой в установленный срок пошлины за поддержание его в силе» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2009. № 26.
7. Приказ Роспатента от 29.12.2009 № 186 «Об утверждении Рекомендаций по вопросам проверки договоров о распоряжении исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.02.2017).
 8. Распоряжение Правительства Российской Федерации от 14.02.2017 № 258-р «О подписании Соглашения о порядке управления авторскими и смежными правами на коллективной основе». Доступно по адресу: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201702200017?index=0&rangeSize=1>. Дата обращения: 22.02.2017.

5.02 Судебная практика

9. CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 SCR 339 [CCH].
10. Feist Publications Inc., v. Rural Telephone Service Co. 499 U.S. 340 (1991).
11. Meshworks, Inc. v. Toyota Motor Sales USA, Inc., 528 F.3D-1258 (10th Cir. 2008).
12. Telstra Corp. v. Desktop Mktg Sys., 2001. F.C.A. 612.
13. University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601.
14. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // РГ. 22.04.2009. № 70.

5.03 Литература

15. A Third Industrial Revolution, The Economist, Apr. 19, 2012 // URL: <http://www.economist.com/node/21553017> (Дата обращения: 29.01.2017).
16. Adjudicating intellectual property disputes. An ICC report on specialised IP jurisdictions worldwide // URL: <http://iccbooks.ru/upload/iblock/ea6/ea6cd91337bf8c83dc08abf253be8e21.pdf> (Дата обращения: 29.01.2017).
17. Annemarie Bridy. Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author. URL: <https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/kernochnan/09.materials-Bridy.pdf> (Дата обращения: 29.01.2017).
18. Association Familles de France v. SA Père-Noël.fr, SA Voyage Père-Noël.fr., Tribunal de Grande Instance de Paris, decision of 4 February 2003.
19. Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of “Rights” in Digital Collection Building by John P. Wilkin, February 2011.
20. Burkhard Schafer. Editorial: the future of IP law in an age of artificial intelligence // URL: <https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/12/13-3-schafer.pdf> (Дата обращения 29.01.2017).
21. Daniel Gervais. Collective Management of Copyright and Related Rights. Kluwer Law International, 2010.
22. Deven Dobbelaere. 3D-Printing and the Implications on Intellectual Property from a Belgian-European Perspective (Master’s Dissertation), Faculty of Law, Ghent University, 2016.
23. Forecast: 3D-Printers, Worldwide, 2015, Gartner, 17 September 2015, G00277739 // URL: <https://www.gartner.com/doc/3132417/forecast-d-printers-worldwide-> (Дата обращения 15.01.2017)
24. Frank Thewissen, Stefana Karevska, Alexandra Czok, Chris Pateman-Jones, Chris Pateman-Jones. If 3D-printing has changed the industries of tomorrow, how can your organization get ready today?// EY Building A Better Working World // URL: <http://www.ey.com/gl/en/services/advisory/ey-3d-printing-how-your-organization-can-get-ready> (Дата обращения 02.02.2017).
25. Gideon Greenspan. Beware of the Impossible Smart Contract. Blockchain news. 12 April, 2016 // URL: <http://www.the-blockchain.com/2016/04/12/beware-of-the-impossible-smart-contract/> (Дата обращения: 06.02.2017).

26. Grace Chan, Ramon Tozer. 5 Top Intellectual Property Tips When Crowdsourcing Ideas // URL: <http://www.davies.com.au/ip-news/pdf/5-top-intellectual-property-tips-when-crowdsourcing-ideas> (Дата обращения: 06.02.2017).
27. Knopf H.P. Security interests in intellectual property and enforcement issues – an insolvency perspective. Toronto, 2002.
28. Lacy J. The reform of UK personal property security law: comparative perspectives. Routledge Cavendish, 2010.
29. Marc A. Lieberstein, Ashford Tucker, Andrea K. Yankovsky. Crowdsourcing: Understanding the Risks // New York State Bar Association. Inside Newsletter, Fall 2012, Vol. 30, No. 2.
30. Mathew Ingram // Using the Blockchain to Reinvent the Music Business. // URL: <http://fortune.com/2015/11/27/blockchain-music/>. (Дата обращения: 06.02.2017).
31. Michael Rimock. An Introduction to the Intellectual Property Law Implications of 3D-Printing // Canadian Journal of Law and Technology. №13 (1), 2015.
32. Mihaly Ficsor. Collective Management of Copyright and Related Rights. Geneva, WIPO, 2002.
33. Orphan Works and Mass Digitization. A report of the register of copyrights. United States Copyright Office. June, 2015.
34. Orit Afori, Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law, 25 Santa Clara High Tech. L.J. 275 (2008) // URL: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol25/iss2/2> (Дата обращения: 22.02.2017).
35. Quirky.com Terms of Use and Privacy Policy. URL: <https://www.quirky.com/terms-of-service> // (Дата обращения: 09.02.2017).
36. Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out of Print Works. European Commission(18/04/2007).
37. Richard D’Aveni. 3-D Printing Will Change the World, 2013, Harvard Business Review, 2013 // URL: <https://hbr.org/2013/03/3-d-printing-will-change-the-world> (Дата обращения 02.02.2017)
38. Roberta Draper. Crowdsourcing – a great concept but are you aware of the legal risks? // URL: <https://www.kingsleynapley.co.uk/comment/blogs/corporate-and-commercial-law-blog/crowdsourcing-a-great-concept-but-are-you-aware-of-the-legal-risks> (Дата обращения: 06.02.2017).
39. Rohan Massey, Leigh J. Smith (Law firm «McDermott Will & Emery»). Crowdsourcing intellectual property // URL: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7b18faea-a487-4983-8436-f6da1c92baf4> (Дата обращения: 06.02.2017).

40. Simon Jones, Marie McMorrow, Gareth Stokes, Clone Wars: 3D-Printing and Intellectual Property// Everything Matters; URL: http://files.dlapipe.com/files/Uploads/Documents/Clone_Wars_3D_Printing.pdf (Дата обращения 02.02.2017)
41. Steven Leckart. The Hackathon Is On: Pitching and Programming the Next Killer App // URL: https://www.wired.com/2012/02/ff_hackathons/all/1 (Дата обращения: 08.02.2017).
42. The UK IPO Report by D. MENDIS and D. SECCHI; “A Legal and Empirical Study of 3D-printing Online Platforms and an Analysis of User Behaviour 2015/41”, Report of the UK Intellectual Property Office (UK IPO) 2015, 64; URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/421546/A_Legal_and_Empirical_Study_of_3D_Printing_Online_Platforms_and_an_Analysis_of_User_Behaviour_-_Study_1.pdf. (Дата обращения 17.01.2017)
43. Wenqi Liu. Models for Collective Management of Copyright from an International Perspective: Potential Changes for Enhancing Performance Journal of Intellectual Property Rights. Vol. 17, January 2012.
44. William A. Simons. IP Issues With Additive Manufacturing 3-D technology could revolutionize product design, production// Connecticut Law Tribute. April 15, 2013.
45. World Intellectual Property Report Breakthrough Innovation and Economic Growth, 2015. // URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/wipo_pub_944_2015.pdf (Дата обращения 28.01.2017)
46. Zoe Bollinger. Crowdsourcing: Innovation and Intellectual Property. // URL: <https://law.stanford.edu/2015/02/13/crowdsourcing-innovation-intellectual-property/> (Дата обращения: 06.02.2017).
47. Алейников Б.Н. Интеллектуальные права: понятие, соотношение с вещными правами // Адвокат. 2016. №7. С. 15 – 19.
48. Алейников Б.Н. Некоторые вопросы становления и развития интеллектуальных прав в России // Российская юстиция. 2016. №7. С. 8 – 10.
49. Бобров М.Е. О проблеме совладения исключительным правом на средство индивидуализации // Пробелы в российском законодательстве. 2010. № 1.
50. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги // М.: «Статут». 2016.
51. Войниканис Е.А. Правовые аспекты использования Creative Commons в Российской Федерации. //Законодательство. – 2010. – № 8. – С. 39-44.

52. Вызов 2035 / Агамирзян И. Р. и др.; Сост. Буров В. В. — М.:, 2016 // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/327/challenge_2035.pdf (Дата обращения: 28.01.2017).
53. Гломина В.Н. Добровольное общественное достояние. Возможен ли отказ автора от исключительного права на произведение? // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 7. С. 66 – 71.
54. Горленко С.А. Совладение правом на товарный знак и российское законодательство// Патенты и лицензии. 2008. №3.
55. Гурко А. 3D-печать и право интеллектуальной собственности: взгляд в будущее // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. N 5. С. 29 – 42.
56. Гурко А. Соотношение 3D-моделей и программ для ЭВМ // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. N 6. С. 33 – 42.
57. Демьянченко Д.А. Сравнительно-правовой анализ процедуры государственной регистрации залога исключительного права на товарный знак в законодательстве России и иностранных государств // Безопасность бизнеса. 2015. № 2
58. Дюсолье С. Обзорное исследование ВОИС по авторскому праву и смежным правам и общественному достоянию, 2010.
59. Е.Б. Гаффорова, Н.И. Меркушова. Анализ использования краудсорсинга в инновационных бизнес-моделях // Экономический анализ: теория и практика. 2013. № 40.
60. Еременко В.И. Нововведения в части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 2015. №11. С. 69 – 79.
61. Еременко В.И., Евдокимова В.Н. Нововведения в части общих положений в разделе VII Гражданского кодекса РФ // Адвокат. 2014. №10. С. 12 – 25.
62. Исследование быстроразвивающихся высокотехнологичных компаний России // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/014/201410_investigation_of_emerging_hightech_companie.pdf (Дата обращения: 28.01.2017).
63. Калятин В.О. Глобальная лицензия или плата за доступ в Интернет? // URL: https://zakon.ru/blog/2014/12/26/globalnaya_licenziya_ili_plata_za_dostup_v_internet. (Дата обращения: 22.02.2017).
64. Калятин В.О. Функции режима общественного достояния в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. Октябрь – декабрь. С. 4-16.
65. Кастальский В. Совместное обладание исключительным правом // Хозяйство и право. 2008. №4. С. 95-102.

66. Концепция создания и функционирования патентного фонда. // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/373/201512_Concept_of_creation_and_functioning_of_the_patent_fund.pdf (Дата обращения: 22.02.2017).
67. Концепция формирования эффективной институциональной среды в области интеллектуальной собственности. // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/56a/201512_concept_of_institutional_environment.pdf (Дата обращения: 22.02.2017).
68. Коммерциализация технологий на ранней стадии исследование глобальных практик: Университеты, Корпорации, Госдарство. // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/9eb/ESR_RVC_2015_RU.pdf (Дата обращения: 22.02.2017).
69. Крысанов А. Перспективы введения института совладения правом на товарный знак в России// Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2007. №7.
70. Левова И. Ю., Винник Д. В., Моисеева А. Ю. Сиротские произведения в России: статус, пути решения и проблемы. Москва, ООО «ВАШ ФОРМАТ», 2016 г.
71. Лучшие практики управления инновациями в российских компаниях. // URL: <http://www.rvc.ru/upload/iblock/395/Best%20practices%20of%20innovation%20management.pdf>. (Дата обращения: 22.02.2017).
72. Методика по развитию практики управления правами на РИД в государственных и частных компаниях. // URL: <http://www.rvc.ru/upload/iblock/4a0/metodika.pdf> (Дата обращения: 22.02.2017).
73. Моргунова Е.А. Роль организаций по коллективному управлению авторскими правами в обеспечении соблюдения исключительных прав на произведения в информационно-телекоммуникационных сетях. // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2015 г. № 10. С. 160-165.
74. Научно-техническая и технологическая экспертиза проектов. Анализ российского рынка // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/f44/RVC_project_expertise.pdf (Дата обращения: 22.02.2017).
75. Национальный доклад об инновациях в России – 2016. // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/b6d/RVK_innovation_2016_v.pdf (Дата обращения: 22.02.2017).
76. Оценка преимуществ и недостатков институциональной среды, национальной экономики и правовой системы и подготовка предложений по способам и механизмам совершенствования. // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/f75/institutional_environment.pdf (Дата обращения: 22.02.2017).

77. Пикалова А. Интервью с главным юристом по интеллектуальной собственности ООО "УК "РОСНАНО", профессором исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ Виталием Калятиным // Юрист. 2016. №11. С. 4 – 7.
78. Положение о правах и обязанностях, Facebook, Inc. // URL: <https://www.facebook.com/legal/terms> (Дата обращения: 06.02.2017); Условия предоставления сервисов, Twitter, Inc. // URL: <https://twitter.com/tos?lang=ru> (Дата обращения: 06.02.2017).
79. Положение о хакатоне «Strip Hack Moscow 2016». // URL: http://striphack.ru/img/_index/regulations/regulations.docx (Дата обращения: 08.02.2017).
80. Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики: сборник материалов IV международного юридического форума (IP форума). М., 2016.
81. Савельев А.И. Договорное право 2.0: "умные" контракты как начало конца классического договорного права. Вестник гражданского права. 2016. N 3. С. 32 – 60 // СПС «Консультант Плюс».
82. Типовое положение о политике в области ИС для университетов и НИЦ. // URL: http://www.wipo.int/export/sites/www/dcea/en/pdf/Tool_Cover_Model_Policy_rus_.pdf (Дата обращения: 22.02.2017).
83. Формула научного PR 2.0. Сборник лучших практик в области научных коммуникаций. // URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/f01/pr_2.0.pdf (Дата обращения: 22.02.2017).
84. Хау Джефф. Краудсорсинг. Коллективный разум как инструмент развития бизнеса. М., 2012.
85. Циркунова Е. Управление совместной интеллектуальной собственностью // Имущественные отношения в РФ. 2014. №3 (150). С. 21-24.